مؤسسة السبطين العالمية
SIBTAYN INTERNATIONAL FOUNDATION

العروة الوثقى

تأليف
الفقيه الأعظم السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

والتعليقات عليها

الجزء الرابع عشر

إعداد ونشر
مؤسسة السبطين عليهما السلام العالمية

بسم الله الرحمن الرحیم

العروة الوثقى والتعليقات عليها

كاتب:

موسسه جهانى سبطين عليهما السلام

نشرت فى الطباعة:

موسسه السبطين (عليه السلام) العالميه

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

أوّلاً: أن یکون عیناً ---------- ۱۴۷

العروه الوثقی والتعلیقات علیها المجلد ۱۴

اشاره

عنوان قراردادی : عروه الوثقی . شرح

عنوان و نـام پدیـدآور : العروه الوثقی تالیف آیه الله العظمی السیدمحمدکاظم الطباطبائی الیزدی قـدس سره والتعلیقات علیها/ اعداد موسسه السبطین علیهما السلام العالمیه.

مشخصات نشر : قم: موسسه السبطین علیهماالسلام العالمیه، ۱۴۳۰ق.-= ۱۳۸۸ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابـک : دوره : ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۵۰-۴ ؛ ۷۵۰۰۰ ریـال : ج.۱ : ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۲۷-۶ ؛ ۷۵۰۰۰ ریـال : ج.۲ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۵۴-۲ : ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۳ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۶۲-۷ : ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۴ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۷۱-۹ : ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۵ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۷۱-۹ : ؛ ۸۰۰۰۰ ریال : ج.۶ : ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۸۲-۵ ؛ ۹۰۰۰۰ ریال : ج.۷ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۹۵-۵ : ؛ ج.۸ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۹۸-۶ : ؛ ج.۱۰ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۰۷-۹ : ؛ ج.۱۱ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۱-۶ : ؛ ج.۱۲ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۴-۷ : ؛ ج.۱۳ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۶-۱ : ؛ ۲۶۰۰۰۰ ریال: ج.۱۴ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۸-۵ :

وضعیت فهرست نویسی : فاپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج.۲-۴ (چاپ اول: ۱۴۳۰ ق.= ۱۳۸۸).

یادداشت : ج.۵ (چاپ اول:۱۴۳۰ ق = ۱۳۸۸).

یادداشت : ج.۶ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق= ۱۳۸۹).

یادداشت : ج.۷ (چاپ اول: ۱۴۳۲ ق.= ۱۳۹۰) (فیپا).

یادداشت : ج.۸ و ۹ و ۱۱(چاپ اول: ۱۴۳۵ق. = ۱۳۹۳) (فیپا).

یادداشت : ج.۱۰ (چاپ اول : ۱۴۳۵ق.= ۱۳۹۳).

یادداشت : ج. ۱۲ و ۱۳ (چاپ اول: ۱۴۳۷ ق. - ۱۳۹۴) (فیپا).

یادداشت : ج.۱۴ (چاپ اول: ۱۴۳۷ ق. = ۱۳۹۵)(فیپا).

مندرجات : ج.۱. الاجتهاد والتقلید - الطهاره (نهایه الماءالمستعمل).- ج.۲. الطهاره (الماءالمشکوک- طرق ثبوت التطهیر).- ج.۳. الطهاره (حکم الاوانی- حکم دائم الحدث).- ج.۶. الصلاه (فضل الصلوات الیومیه - شرائط قبول الصلاه).- ج.۸. واجبات الصلاه و ارکانها - مبطلات الصلاه.- ج.۱۰. الصوم والاعتکاف.- ج.۱۱. (الزکاه - الخمس).-ج.۱۲. کتاب الخمس و کتاب الحج (فضله و ثوابه - شرائط وجوب حجه الاسلام).-ج.۱۳. کتاب الحج(الحج الواجب بالنذر و ... کیفیه الاحرام) و کتاب الاجاره(ارکانها- ما یکفی فی صحه الاجاره)

موضوع : یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقی. شرح

شناسه افزوده : موسسه جهانی سبطین (ع)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ی۴ع۴۰۳۸۳ ۱۳۸۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۱۶۱۴۵۹

ص: ۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

العروه الوثقی و تعلیقات علیها تألیف الفقیه لأعظم السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی قدس سره

ص: ۳

هویه الکتاب

ص: ۴

أصحاب التعليقات لهذا الكتاب

التعليقات على العروه الوثقى الّتى قامت المؤسّسه بجمعها فى هـذه الموسوعه القيّمه هى إحـدى وأربعون تعليقه، مدرجه حسب تاريخ الوفاه للمتوفّين (قدس سرّهم)، وبالنسبه لمن على قيد الحياه (أدام اللّه ظلّهم) حسب تاريخ الولاده، مع الإشاره إلى مقدار تعليقه كلّ منهم حسب النسخ المعتمده، وهم:

صاحب التعليقهمقدار التعليقه

۱ ــ الشيخ على الجواهرى (وفاته ۱۳۴۰ ه . ق) إلى آخر كتاب الخمس.

۲ ــ السيّد محمّد الفيروزآبادى (وفاته ۱۳۴۵ ه . ق). كامله.

۳ ــ الميرزا محمّد حسين النائينى (وفاته ۱۳۵۵ ه . ق). كامله.

۴ ــ الشيخ عبدالكريم الحائرى (وفاته ۱۳۵۵ ه . ق). إلى آخر كتاب الخمس وله تعليقات على الإجاره والمضاربه والنكاح.

۵ ــ الشيخ ضياء الدين العراقى (وفاته ۱۳۶۱ ه . ق). كامله.

۶ ــ السيّد أبو الحسن الإصفهانى (وفاته ۱۳۶۵ ه . ق). كامله.

۷ ــ السيّد آقا حسين القمّى (وفاته ۱۳۶۶ ه . ق). إلى كتاب الصلاه. فصل فى الشكوك.

۸ ــ الشيخ محمّدرضا آل ياسين (وفاته ۱۳۷۰ ه . ق). إلى آخر كتاب الخمس.

۹ ــ السيّد محمّد تقى الخونسارى (وفاته ۱۳۷۱ ه . ق). إلى كتاب الإجاره. فصل أحكام العرضين.

۱۰ ــ السيّد محمّد الكوه كَمَرى (وفاته ۱۳۷۲ ه . ق). كامله باستثناء الحجّ.

۱۱ ــ السيّد صدر الدين الصدر (وفاته ۱۳۷۳ ه . ق). كامله.

۱۲ ــ الشيخ محمّد حسين كاشف الغطاء (وفاته ۱۳۷۳ ه . ق). كامله.

۱۳ ــ السيّد جمال الدين الگلپايگانى (وفاته ۱۳۷۷ ه . ق). كامله.

۱۴ ــ السيّد إبراهيم الحسينى الإصطهباناتى (وفاته ۱۳۷۹ ه. ق). كامله.

۱۵ ــ السيّدحسين الطباطبائى البروجردى (وفاته ۱۳۸۰ ه .ق). كامله.

صاحب التعليقهمقدار التعليقه

۱۶ _ السيّد مهدى الشيرازى (وفاته ۱۳۸۰ ه . ق). إلى كتاب المساقاه.

۱۷ _ السيّد عبدالهادى الشيرازى (وفاته ۱۳۸۲ ه . ق). كامله.

۱۸ _ السيّد محسن الطباطبائى الحكيم (وفاته ۱۳۹۰ ه . ق). إلى آخر كتاب الخمس.

۱۹ _ السيّد محمود الشاهرودى (وفاته ۱۳۹۴ ه . ق). إلى آخر كتاب الخمس.

۲۰ _ السيّد أبو الحسن الحسينى الرفيعى (وفاته ۱۳۹۵ ه . ق). إلى آخر كتاب الصوم.

۲۱ _ السيّد محمّد هادى الحسينى الميلانى (وفاته ۱۳۹۵ ه . ق). إلى آخر كتاب الاعتكاف.

۲۲ _ السيّد حسن البجنوردى (وفاته ۱۳۹۵ ه . ق). كامله.

۲۳ _ السيّد أحمد الخونسارى (وفاته ۱۴۰۵ ه . ق). إلى آخر كتاب المساقاه.

۲۴ _ السيّد عبداللّه الشيرازى (وفاته ۱۴۰۵ ه . ق). كامله.

۲۵ _ السيّد كاظم الشريعتمدارى (وفاته ۱۴۰۶ ه . ق). كامله.

۲۶ _ السيّد على الفانى الإصفهانى (وفاته ۱۴۰۹ ه . ق). كامله.

۲۷ _ السيّد روح اللّه الموسوى الخمينى (وفاته ۱۴۰۹ ه . ق). كامله.

۲۸ _ السيّد شهاب الدين المرعشى النجفى (وفاته ۱۴۱۱ ه . ق). كامله.

۲۹ _ السيّد أبو القاسم الموسوى الخوئى (وفاته ۱۴۱۳ ه . ق). كامله.

۳۰ _ الميرزا هاشم الآملى (وفاته ۱۴۱۳ ه . ق). إلى آخر كتاب الاعتكاف.

۳۱ _ السيّد محمّد رضا الگلپايگانى (وفاته ۱۴۱۴ ه . ق). كامله.

۳۲ _ السيّد عبدالأعلى الموسوى السبزوارى (وفاته ۱۴۱۴ ه . ق). كامله.

۳۳ _ الشيخ محمّد على الأراكى (وفاته ۱۴۱۵ ه . ق). إلى آخر كتاب الإجاره.

۳۴ _ الشيخ محمّد أمين زين الدين (وفاته ۱۴۱۹ ه . ق). إلى آخر كتاب النكاح (باستثناء الإجاره _ الحواله).

۳۵ _ السيّد محمّد الحسينى الشيرازى (وفاته ۱۴۲۳ ه. ق). كامله.

۳۶ _ السيّد حسن الطباطبائى القمّى (ولادته ۱۳۲۹ه . ق). كامله.

۳۷ _ السيّد تقى الطباطبائى القمّى (ولادته ۱۳۴۱ه . ق). كامله (باستثناء المزارعه _ الضمان).

۳۸ _ السيّدمحمّدصادق الحسينى الروحانى (ولادته ۱۳۴۵ ه.ق). كامله.

۳۹ _ السيّد محمّد الموسوى مفتى الشيعه (ولادته ۱۳۴۷ه. ق). كامله.

۴۰ _ السيّد على الحسينى السيستانى (ولادته ۱۳۴۹ه. ق). إلى آخر كتاب الاعتكاف.

۴۱ _ الشيخ محمّد الفاضل اللنكرانى (ولادته ۱۳۵۰ه. ق). كامله باستثناء الحجّ.

ص: ۶

كتاب الإجاره

اشاره

مسائل متفرقه – التنازع

ص: ۷

فصل: فی مسائل متفرقه

إجاره الأرض لزرع بما یحصل منها فی الزرع

لا یجوز إجاره(۱) الأرض لزرع الحنطه أو الشعیر بما یحصل(۲) منها(۳) من الحنطه أو الشعیر(۴) ، لا(۵) لما

۱- ۱. علی الأحوط . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. بـل مطلقاً، سواء حصل منها أم من غیرها، وسواء کان المحصول الجنسینالمذکورین أم غیرهما علی الأحوط، وسواء اُرید مملـوکیّته للمـؤجِر من حینالإجـاره أم حـال وجوده وتحقّقه فی الخـارج، وسواء جعله عِوضـاً مطلقـاً وإن لمیوجـد أم لا، والصور بأجمعهـا بـاطله، غـایه الأمر وجه البطلان : إمّا لزوم الغَرر، أوورود النصّ، أو خروج العقـد عن دلیل الإمضاء فی بعض الصور . (المرعشی).

۳- ۳. یعنی بمقـدارٍ معیّـنٍ مـن الحنطـه أو الشـعیر الحاصِـلَین منهـا . (الإصـطهباناتی). * أی بمقـدارٍ معیّـنٍ من الحنطه والشـعیر الحاصلَین من الأرض . (مفتی الشیعه).

۴- ۴. سواء أرادا کونهمـا ملکـاً للموجِر من حین الإجـاره أم ملکاً له حال وجودهمافی الخارج، وسواء أرادا إجاره الأرض مطلقاً بهما وإن لم توجدا حتّی تکونحینئذٍ إجاره بلا اُجره أم إجارتها بهما علی تقدیر وجودهما، فالأقوی فی جمیعهاالبطلان، للأخبار (الوسائل : الباب (۱۶) من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، ح ۲ ، ۳ ، ۶.) ، وللغَرر، ولما یلزم فی کلٍّ منها من المحـذور الخاصّ به .(البروجردی). * بمقـدارٍ معیّن، کمـا هو المنصوص؛ لعـدم کون المعیّن مضـموناً . (الفـانی). * بـل بما یحصل منها مطلقاً، سواء کان بمقدارٍ معیّنٍ من حاصلها أم مع اشتراط أدائهمنه . (الخمینی).

۵- ۵. الحقّ أنّ الإشـکال من هذه الناحیه؛ ولذا لا یختصّ بالحنطه والشعیر، بل جارٍ فیکلّ موردٍ لا تکون المنفعه مملوکهً بالفعل . (تقی القمّی).

قیل(۱) من عدم(۲) کون مال الإجاره(۳) موجوداً(۴) حینئذٍ لا فی الخارج ولا

---

۱ - ۱. الأولی فی وجه الإشکال علی مثل هذه الإجاره أن یقال : إنّ ما یحصل منالأرض وإن کان موجوداً اعتباراً بتبع وجود منشئها من قابلیّه الأرض لها _ کما هوالشأن فی وجه اعتبار وجود المنافع التدریجیّه المعدومه _ إلّا أنّ ملکیّه المستأجِرإنّما جاءت بنفس هذه الإجاره، فکیف یصحّ جعله عوضاً فی هذه الإجاره من دونفرقٍ من تلک الجهه بین الحنطه والشعیر وبین غیرهما من سائر ما یحصل منالأرض من الحبوب وغیرها کما یومئ إلیه بعض النصوص أیضاً (لوسائل : الباب (۱۶) من أبواب المزارعه والمساقاه .) ؟ فلا غروَ حینئذٍمن جعل هذه النصوص علی القاعده، ولا یکاد یُستفاد منها النهی عمّا لا تقتضیالقاعده فسادها من زرع أرض اُخری، والکلّی فی الذمّه ولو مع شرط أدائه منحاصل هذه الأرض فضلاً عمّا لو لم یشترط، والله العالم . (آقا ضیاء). * لیس المانع عدم وجوده فعلًا، حیث إنّ إجاره الأرض بمقدارٍ من الحاصل منهاإذا کان علی نحو الکسر المشاع صحیح، وهی نوع من الإجاره، بل المانع عدم العلمبحصول القدر المعیّن، المجعول عوضاً عن منفعه الأرض . (الفانی). * هذا القول لا یخلو من وجهٍ وجیه، سیّما لو قصد التملیک من حین الإجاره .(المرعشی). * هذا القول وجیه، کما سیظهر . (السبزواری).

۲ - ۲. القائل هو صاحب الجواهر، وهو تامّ فیما إذا اُرید تملیکها من حین الإجاره .(البروجردی).

۳ - ۳. بل عدم جوازه وبطلانه لما قیل، وللأخبار الوارده فی هذه المسأله جمیعاً، وقیاسهعلی المنفعه الغیر موجوده فی باب تملیک المنافع والثمره الغیر موجوده فی باب بیعالثمار مع الضمیمه قیاس مع الفارق . (البجنوردی).

۴ - ۴. الظاهر صحّه هذا القول؛ لأنّ الاُجره لابدّ من کونها مملوکه أو فی حکم المملوکه، کما إذا کانت من الأعمال، أو شیئاً فی الذمّه، والمفروض فی المقام عدم ذلک؛ وعلیهفالإجاره باطله، بلا فرقٍ بین کون الحاصل من الحنطه والشعیر وکونه من غیرهما،کما أنّه لا فرق بین کون الحاصل من تلک الأرض وکونه من غیرها، وقیاسه بمنفعهالعین قیاس مع الفارق؛ فإنّها من شوون العین، ومملوکه بتبعها فعلاً بخلاف الحاصلمن الأرض الّذی هو معدوم حال العقد . (الخوئی). * القائل هو صاحب الجواهر؛ فی کتاب المزارعه، وما أفاده متین؛ إذ الاُجره لابدّوأن تکون موجوده ومعلوم الحصول ومملوکه، أو بحکمها کالأعمال، والحاصل منالأرض غیر معلوم الحصول، مضافاً إلی عدم وجوده حال الإجاره، ولیس هوکالمنفعه الّتی هی موجوده بوجود العین، کما تقدّم . (الروحانی).

فی الذمّه، ومن هنا یظهر عدم جواز إجارتها بما یحصل(۱) منها(۲) ولو من غیر الحنطه والشعیر،بل عدم جوازها بما یحصل من أرض اُخری أیضاً لمنع ذلک؛ فإنّهما فی نظر العرف(۳) واعتبارهم بمنزله(۴) الموجود(۵)

۱- ۱. یعنی بمقدارٍ معیّنٍ من الحنطه أو الشعیر الحاصلَین منها . (الإصفهانی).

۲- ۲. هذا القول هو الصحیح، وما ذکره من المنع منه ممنوع، والأحوط أیضاً عدم إجارهاالأرض بالحنطه والشعیر منها وإن کان موجوداً، ولا إجارتها بهما ولو من غیرها إذاکان یزرعهما فیها . (حسن القمّی).

۳- ۳. لیسا بنظر العرف بمنزله الموجود، وفرق بین المقام وبیع الثمره والمنفعه؛ فإنّهماموجودان بوجود العین بنظر العرف؛ حیث إنّهما من شؤون العین ، وجعل الشارعالضمیمه أو الثمره فی جواز بیع ثمره السنین دخیلاً تعبّداً لایوجب صحّه التنظیر، مععدم إمکان أن یکون هذا فی نظر الشارع ممّا یوجب التنزیل . (عبدالله الشیرازی).

۴- ۴. هذه الدعوی لا دلیل علیها . (تقی القمّی).

۵- ۵. هذا ممنوع، ولیس هذا کالمنفعه، ولا نظیر الثمار الغیر الموجوده؛ فإنّ المنفعهحیث إنّها من شوون العین، والثمره ممّا یتولّد ویتکوّن من الشجر لهما نحو وجودٍفی العین فی نظر العرف واعتبارهم، بخلاف الطعام الغیر الحاصل الّذی لم یزرع،وعلی تقدیر اعتبار الوجود فیه فکفایه هذا النحو من الوجود فی الملکیّه والمالیّهحتّی یجعل عوضاً فی باب المعاوضات محلّ نظر وإشکال . (الإصفهانی). * محلّ إشکال، بل منع؛ ولذا لم تتعارف المعامله علی أمثالهما والفرق بینهما وبینالمنفعه واضح . (محمّد رضا الگلپایگانی). * هذا ممنوع، والفرق بینه وبین المنفعه واضح . (الکوه کَمَری).

كنفس(۱) المنفعه(۲) ، ....

ص: ۱۲

---

۱ – ۱. الظاهر وضوح الفرق؛ فإنّ المنفعه حيث تكون من شؤون العين موجودهًبوجودها ومملوكه بتبعها، بخلاف المقام الّذى ليس له حظّ من الوجود أصلاً .(اللنكرانى).

۲ – ۲. الظاهر أنّ القياس مع الفارق؛ فإنّ المنفعه معلومه بنظر العرف كمّاً وكيفاً بواسطهمعلوميّه العين، ولو فرض أنّ لها نحوَ تعيينٍ فى المقام فكفايته محلّ تأمّل .(صدرالدين الصدر). * المنفعه وجودها نفس وجود العين، وعدمها بعدم العين، فوجود العين كافٍ فياعتبار ملكيّه المنفعه، بخلاف ما نحن فيه . (البروجردى). * المنفعه إنّما تعتبر لعينٍ ما من الأعيان بلحاظ الحيث الوجودى القائم بالعين، فلايقاس بها ما يمكن أن لا يوجد فى الخارج كلّيّاً . (الفانى). * التنظير منظور فيه؛ إذ وجود المنفعه ظِلّى تبعيّ لوجود العين، والعلم بوجودمتبوعها علم بوجودها فى نظر العقلاء والعرف، وتملّكها بتملّك متبوعها، بخلاف مانحن فيه فإنّ العوض ليس بموجود، لا بالأصاله ولا بالتّبع . (المرعشى). * الاعتبار بالنسبه إلى المنفعه والثمار مطابق للارتكازات العرفيّه، وأمّا فى المقامفيشكل اعتبارهم لذلك، وعلى فرض دعواه بأن يقال : إنّ اعتبار الملكيّه يكفى فيهالموضوع فقط وهو حاصل فى المقام فكفايه مثل هذا الاعتبار محلّ النظروالإشكال؛ لكونه من مجرّد الدعوى، وعدم إحراز تطابق بناء العقلاء عليه .(السبزوارى).

وهذا المقدار(۱) كافٍ فی الصحّه(۲) ، نظیر(۳) بیع الثمار(۴) سنتین(۵) أو مع ضمّ الضمیمه(۶) ، فإنّها لا تجعل غیر الموجود موجوداً، مع أنّ البیع وقع علی

---

۱ – ۱. قیاسه علی نفس المنفعه الغیر موجوده أو بالثمار الغیر موجوده فی بیع الأثمارولو بالضمیمه قیاس فی غیر محلّه . (مفتی الشیعه).

۲ – ۲. فی کفایته (کذا فی أصل النسخه، والظاهر أنّ الأصحّ (فی کفایه).) هذا النظر والاعتبار بعد تسلیمه فی صیرورته ملکاً ومالاً ـ حتّی یصحّجعله عوضاً تأمّل وإشکال، وفی التشبیه والتنظیر المذکور نظر؛ إذ المنفعه لمّا کانتتابعهً للعین ومن شؤونها، والثمره ممّا یحصل من الشجره کان وجودهما بنفسوجود العین فی اعتبار العرف، وهذا کافٍ فی اعتبار ملکیّه المنفعه مضافاً إلی وجودالدلیل علیه، بخلاف المقام فیمکن جعل ما ذکره القائل وجهاً لعدم الجواز مضافاً إلیالأخبار الخاصّه . (الإصطهباناتی).

۳– ۳. بعد ثبوت ذلک تعبّداً لاوجه للاستشهاد به . (صدرالدین الصدر).

۴– ۴. لا وجه للتنظیر بعد ورود النصّ التعبّدیّ فی المشبَّه به دون المشبَّه، والمناط لیسبمنصوصٍ ولا منقّح، والمخرج الظنّیّ منه غیر مفید . (المرعشی). * الحکم فیه بالصحّه تعبّدیّ، وإلّا فالقاعده تقتضی البطلان حتّی مع الضمیمه . (محمّدرضا الگلپایگانی). * الفارق بین المقام وبین تلک المسأله هو النصّ الخاصّ . (الروحانی).

۵– ۵. دخاله انضمام الثمره الموجوده أو الضمیمه الخارجیّه فی صحّه بیع ما یحتمل أنیوجد من ثمار السنه الآتیه تعبّداً یخرجه عن کونه نظیراً لمسألتنا . (البروجردی).

۶– ۶. بیع الثمار سنتین أو مع الضمیمه إنّما هو لمعالجه مشکله الغَرر؛ حیث إنّ بیع الثمارغیر المبدوِّ صلاحها سنتین دافع للغَرر؛ إذ لو لم تحصل فی سنه تحصل فی اُخریبحسب الأغلب الوجودی، وبیعها مع الضمیمه کذلک؛ إذ لو لم تحصل الثمار وقعالعوض فی مقابل الضمیمه وارتفع الغَرر، فالقیاس فی غیر محلّه . (الفانی).. * وقد عرفت أنّ لها نحوَ وجودٍ فی العین، بخلاف الحاصل الّذی لم یزرع من الطعاممع وجود الدلیل فی مسأله الثمار علی الصحّه . (مفتی الشیعه).

المجموع، بـل للأخبار(۱) الخاصّـه(۲) وأمّـا إذا آجرهـا بـالحنطه أو الشـعير فی الـذمّه لكـن بشـرط الأداء منهـا، ففی جـوازه إشكال(۳) ، والأحوط(۴) العدم(۵) لما

۱- ۱. إن سلمت عن المناقشه فی الصدور أو الظهور أو غيرهما من الجهات الخَمسالمعتبره فی العمل بالخبر . (المرعشی).

۲- ۲. الأخبار علی وفق القاعده للتعليل الوارد فيها بأنّ هذا ليس بمضـمون . (الفانی). * الأخبار بين ما هو ضـعيف السند وما لا دلالـه فيه، وأمّـا صـحيح الحلبی (الوسائـل : الباب (۱۶) من أبـواب كتـاب المزارعه والمساقـاه، ح ۳.) فهو معاختصـاصه بإجاره الأرض بـالحنطه غير ظـاهرٍ فی النهی الوضـعی؛ وعليه فلابـدّ منحمله علی الكراهه، أی كراهه إجـاره الأرض بـالحنطه ثمّ زرعها حنطه . (الخوئی). * الظـاهر عـدم نهوض الأخبـار لإثبـات المنع؛ للضـعف فيهـا سـنداً أو دلالـه، بل الوجهفی المنع ما ذكرنا . (اللنكرانی).

۳- ۳. لا وجه له، ولا يلزم الاحتياط . (تقی القمّی).

۴- ۴. بل الأقوی . (صدرالدين الصدر).

۵- ۵. لا يُترک . (الكوه كَمَری). * لا يُترک، سيّما فی صوره عـدم الطمأنينه وسكون النفس بحصولهمـا من تلكالأرض . (المرعشـی). * وإن كـان الأظهر الجواز، وقـد عرفت مـا فی الأخبـار . (الخوئی). * لا يُترک، بل الأقوی البطلان إذا لم يطمئنّا بحصولهما منها، لكون الشرط غَرريّاً،ومنه يسری إلی المعامله . (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل الأولی . (محمّد الشيرازی). * إذا كان عالماً بالتمكّن من الأداء منها لا ينبغی الإشكال فی الجواز، وإلّا فلا كلامفی بطلان الشرط، ولكنّ الأظهر جواز الإجاره . (الروحانی).

يظهر(۱) من بعض الأخبار(۲) ، وإن كان يمكن حمله على الصوره الاُولى.

ولو آجرها بالحنطه أو الشعير من غير اشتراط كونهما منها فالأقوى جوازه، نعم، لا يبعد كراهته، وأمّا إجارتها بغير الحنطه والشعير من الحبوب(۳)

فلا إشكال(۴) فيه(۵) ، خصوصاً إذا كان فى الذمّه، مع اشتراط كونه منها أو لا.

۱- ۱. بل لعدم الفرق بين هذه الصوره والصوره الاُولى من جهه التعليل الّذى ذكرنا فيها،إلّا من بعض الوجوه غير الفارقه . (اللنكرانى).

۲- ۲. فى الاستظهار نظر، ولا تختصّ جهه المنع بشمول الأخبار لها . (المرعشى).

۳- ۳. الأقوى عدم الصحّه . (الفانى).

۴- ۴. بل فيه الإشكال المتقدّم المنقول من القائل المتقدّم إذا قيّد بكونه منها من دوناعتباره فى الذمّه، وأمّا بدون ذلك القيد فالظاهر جوازه، لكن لا يبعد كراهته .(الإصفهانى). * قد عرفت الإشكال فيه، وأنّ الأقوى عدم الجواز مطلقاً إذا لم يكن فى الذمّه، أوكان ولكن شرط أن يكون من تلك المزرعه . (صدرالدين الصدر). * الأقوى تساويه معهما فى الحكم جوازاً ومنعاً . (المرعشى). * قد تقدّم أنّ وجه الإشكال عامّ . (تقى القمّى).

۵- ۵. الأحوط العدم فيما إذا لم يكن فى الذمّه، أو كان واشترط كونه منها .(الحائرى). * إذا كان فى الذمّه . (الكوه كَمَرى). * فيه تأمّل؛ إذ جعل مال الإجاره ما يحصل من نفس الحبوب . (الإصطهباناتى). * الأقوى عدم جوازها إذا قيّد بكونه منها؛ لِما مرّ . (البروجردى). * بل فيه إشكال الغَرر . (مهدى الشيرازى). * بل فيه أيضاً إشكال، خصوصاً مع اشتراط كونه منها، وإن كان الأقوى ما فيالمتن . (عبدالهادى الشيرازى). * قد ظهر ممّا ذكرنا عدم الجواز بغير الحنطه والشعير من الحبوب أيضاً إذا كانمقيّداً بكونها منها، نعم، لو كان بما فى الذمّه فلا إشكال فيهما وفى غيرهما، وأمّااشتراط كون الأداء منها مطلقاً فلا يخلو من إشكال؛ لإمكان عدم وجودها فيها، كماأنّه لا فرق فى البطلان بين أن يكون من تلك الأرض أو من غيرها . (البجنوردى). * عدم الجواز إذا قيّد بكونه منها قوىّ . (عبدالله الشيرازى). * مرّ ما هو الأقوى . (الخمينى). * مرّ أنه لا فرق بين الحنطه والشعير وغيرهما من الحبوب . (الخوئى). * بل الحكم فيه هو الحكم فيهما على الأقوى . (محمد رضا الگلپايگانى). * يجرى فيه الإشكال المتقدّم، سواء كانت الإجاره بما يحصل منها أم فى الذمّه معاشتراط كونه منها . (السبزوارى). * بل لا يخلو من إشكال، وإن كان الأصحّ ما ذكر . (محمّد الشيرازى). * بل هو باطل إذا لم يكن فى الذمّه بأن جعلها ممّا يحصل منها، كما تقدّم من القائلالمتقدّم . (حسن القمّى). * لا فرق بين الحنطه والشعير وسائر الحبوب . (الروحانى). * عدم الفرق فى البطلان بين الحاصل من الأرض من قبيل الحنطه أو الشعير أوغيرهما، نعم، لو كان الحاصل من الطعام على ما فى الذمّه أو على نحو الاشتراطبكون أداء الاُجره من حاصل الأرض فحينئذٍ لا يكون فى صحّته إشكال .(مفتى الشيعه). * قد ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا فرق بينهما وبينه، فالحكم فيهما واحد . (اللنكرانى).

إجاره حصّه من الأرض مشاعاً أو بنحو الكلّى فى المعيّن أو فى الذمّه

(مسأله ۱) : لا بأس بإجاره حصّهٍ من أرضٍ معيّنهٍ مشاعه، كما لا بأس بإجاره حصّهٍ منها على وجه الكلّيّ فى المعيّن، مع مشاهدتها على وجهٍ يرتفع به الغَرر، وأمّا إجارتها على وجه الكلّيّ فى الذمّه فمحلّ إشكال، بل قد يقال بعدم جوازها؛ لعدم ارتفاع الغَرر بالوصف؛ ولذا لا يصحّ السَلَم فيها،

ص: ۱۶

وفيه: أنّه يمكن وصفها(۱) على وجهٍ يرتفع، فلا مانع منها إذا كان كذلك(۲) .

إجاره الأرض لتعمل مسجداً

(مسأله۲) : يجوز(۳) استئجار الأرض لتُعمَلَ مسجداً(۴) ؛ لأنّه منفعه

۱- ۱. لا يمكن . (الفانی).

۲- ۲. لكنّه مجرّد فرضٍ ظاهراً؛ إذ الوصف لا يُحيط بما فيها من الخصوصيّات الموجبهلتفاوت الرغبات . (البروجردی). * كفايه التوصيف لإحراز ما يتنافس فيه المتنافسون مع تفاوت الميول مشكل .(المرعشی).

۳- ۳. فيه إشكال، بل منع؛ فإنّ إجاره الأرض وجعل تلك الأرض مسجداً متضادّان؛ إذالمستأجر يستفيد من فائده العين المستأجَرَه، ولا يمكنه التصرّف فی نفس العين،والحال أنّ الوقف إخراج العين عن ملك مالكها، فلاحظ . (تقی القمّی).

۴- ۴. أی لتجعل مأذوناً فيها للصلاه، لا المسجد المصطَلَح . (الفيروزآبادی). * فی صحّته إشكال؛ لانقطاع آخره ولو مع طول المدّه . (صدرالدين الصدر). * المسجديّه من العناوين الأبديّه، ولا تقبل التحديد والتوقيت، وإذا كان الدواملازماً فی الوقف (وفی نسخه اُخرى : الوقت .) فلزومه فی المسجديّه أشدّ؛ لأنّها تحرير وفكّ ملك .(كاشف الغطاء). * فيه إشكال، بل منع، نعم، يجوز استئجارها مدّةً معيّنةً لجعلها مصلّىً أو مَعبَداً، ولاتجرى عليها أحكام المسجد بذلك . (الخوئی). * بناءً على اعتبار الدوام والتأبيد فی المسجديّه، كما هو الظاهر، فلا وجه لصحّههذه الإجاره، نعم، تصحّ إجارتها لتُعمَلَ مصلّىً ومعبداً، ولا تجرى عليه أحكامالمسجد حينئذٍ . (السبزواری). * يعنی محلّاً للصلاه والعباده، أمّا عنوان المسجديّه الّتی لها آثار خاصّه فلا، سواءكانت المدّه قصيرةً أم طويله . (حسن القمّی).. * أی مصلّىً أو معبداً، وأمّا ترتّب آثار المسجد عليه وإن طالت المدّه فمحلّ إشكال،بل منع . (الروحانی). * بمدّهٍ طويلهٍ أو قصيرهٍ لتُعمَل مسجداً ــ أی مصلّى ومعبداً ــ جائز، فلا يكونمسجداً اصطلاحيّاً حتّى تترتّب عليه آثار المسجديّه، وأمّا استئجارها كذلك لتُعمَلمسجداً اصطلاحيّاً (الوقف الخاصّ عند المتشرّعه) فلا يجوز . (مفتی الشيعه).

محلّله، وهل يثبت لها آثار المسجد من حرمه التلويث، ودخول الجنب والحائض ونحو ذلک؟ قولان، أقواهما العدم(۱) ، نعم، إذا کان(۲) قصده عنوان المسجديّه لا مجرّد الصلاه فيه وکانت المدّه(۳) طويله کمائه

۱- ۱. لا قوّه فيه بعد فرض أنّها عُمِلت مسجداً . (البروجردی). * لا قوّه فيه بعد فرض کونها مسجداً، إلّا أن يکون المقصود من المسجد مصلّيًکمسجد الدار بقرينه ذيل کلامه ، وأمّا إذا قصد عنوان المسجديّه فصار مسجداًيترتّب جميع أحکامه، ولکنّ الشأن فی صحّه قصده؛ لأنّ الظاهر فی المسجد لابدّأن يکون فَکّاً للمِلک . (عبدالله الشيرازی). * فيه إشکال . (المرعشی). * لا قوّه فيه بعدما عملت مسجداً . (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل الأقوی ثبوت حکم المسجديّه فی المدّه الطويله، کعشر سنين وأکثر . (محمّدالشيرازی). * بل ثبوت الآثار أقوی، والتفصيل بين المدّه القصيره والطويله بلا وجه، وقول بلادليل، نعم، أصل الحکم _ کما تقدّم _ مورد الإشکال، بل المنع . (تقی القمّی).

۲- ۲. مع احتمال کون عنوان المسجديّه کعنوان الوقفيّه من الاعتبارات القائمه بالعينالمضادّه مع ملکيّتها فی صحّه قصدها نظر جدّاً . (آقا ضياء).

۳- ۳. فی ترتّب الآثار عليه وإن طالت المدّه إشکال، بل منع . (عبدالهادی الشيرازی). * التمديد لا يلائم التأبيد المتسالَم اعتباره فی المسجد المصطلح، من غير فرقٍ بينطول المدّه وقصرها، وکذا لا ـ فرق علی تقدير عدم اعتبار التأبيد بين الطول والقصر،وإن کان عدم الاعتبار مخدوشاً . (المرعشی).

سنهٍ(۱) أو أزید لا یبعد(۲) ذلک(۳) ؛ لصدق(۴) المسجد علیه حینئذٍ.

استئجار الدراهم والدنانیر للزینه والشجر للاستظلال والبستان للتنزّه

(مسأله ۳) : یجوز استئجار الدراهم(۵) والدنانیر للزینه، أو لحفظ الاعتبار(۶) ، أو غیر ذلک من الفوائد الّتی لا تنافی بقاء العین.

ص: ۱۹

---

۱ – ۱. طول المدّه لا دخل لها فی تحقّق المسجدیّه شرعاً وإن کان بنظر العرف ربّمایفرق، ولکن لا اعتبار به؛ فإن تحقّقت المسجدیّه بالقصد فهو وإن کانت المدّهقصیره، وإلّا فلا ینفع کونها طویله، والظاهر عدم تحقّقه بذلک القصد، وکون قصدهلغواً؛ لتنافی المسجدیّه مع کونه ملکاً للغیر . (البجنوردی).

۲ – ۲. بل یبعد لبعد الصدق، بل عدمه واضح؛ فإنّ المسجدیّه تحریر الأرض وجعلرقبتها حرّاً . (الفیروزآبادی). * محلّ تأمّل، ومجرّد قصد المسجدیّه فی ترتیب الآثار غیر معلوم ولو کانت المدّهطویله . (الخمینی).

۳– ۳. علی الأحوط . (الحائری). * مشکل . (أحمد الخونساری). * عنوان المسجدیّه لا یتحدّد بالزمان؛ لأنّ بیت الله بیت له أبداً، فلا یصحّ تحدیدالمسجدیّه بالمدّه وإن کانت مدیده . (الفانی). * بل یشکل؛ لأنّه مع اعتبار التأبید لا فرق فی عدم الصحّه بین طول المدّهوقصرها . (السبزواری).

۴– ۴. طول المدّه لا دخل له فی صدق الاسم، بل التردید إنّما هو من ناحیه احتمالاعتبار الدوام، فعلی تقدیر الاعتبار لا یبقی مجال لصحّه الإجاره المذکوره، وعلیتقدیر العدم لا وجه للتقیید بطول المدّه . (اللنکرانی).

۵– ۵. وإن لم یصحَّ وقفهما، ولا تُضمن منافعهما علی تقدیر . (المرعشی).

۶– ۶. فی کون حفظ الاعتبار من المنافع إشکال . (الکوه کَمَری).

(مسأله ۴) : یجوز استئجار(۱) الشَجَر(۲) لفائده الاستظلال(۳) ونحوه، کربط الدابّه به، أو نشر الثیاب علیه.

(مسأله ۵) : یجوز استئجار البُستان لفائده التنزّه(۴) ؛ لأنّه منفعه محلّله عقلائیّه.

الاستئجار لحیازه المباحات

(مسأله ۶) : یجوز الاستئجار(۵) لحیازه(۶) . . . . . .

ص: ۲۰

۱- ۱. مع کونه بوجهٍ یُعدّ عقلائیّاً عند العرف، ولا یکون سفیهاً (وفی نسخه اُخری : سفهیّاً .) ، وکذا الفرع الآتی .(الفیروزآبادی).

۲- ۲. علی وجهٍ یُعدّ عقلائیّاً عند العرف . (مفتی الشیعه).

۳- ۳. بناءً علی جواز الاستظلال بشجر الغیر أو حائطه بدون إذنه لا تصحّ الإجارهلذلک . (الکوه کَمَری). * بناءً علی عدم جواز الاستظلال بحائط الغیر وشجره بدون إذنه، وإلّا ففی صحّهالإجاره نظر . (المرعشی). * علی وجهٍ یُعدّ عقلائیّاً عند العرف . (مفتی الشیعه).

۴- ۴. التنزّه بمجرّده نظیر الاستظلال . (الکوه کَمَری). * صرف التنزّه یشبه الاستظلال فی مطلوبیّتهما وسائر الآثار . (المرعشی). * علی نحو ما مرّ . (مفتی الشیعه).

۵- ۵. محلّ إشکال، نعم، یجوز علی مقدّماتها من الجمع والحمل إلیه لیملکها بعداستیلائه علیها . (البروجردی).

۶- ۶. یتوقّف جواز الاستئجار لها علی أن تکون ممّا تدخله النیابه، ویکون تملّک المباحبها أثراً متولّداً منها تابعاً لها فی الملکیّه، بلا حاجهٍ إلی قصده أو کفایه قصد من یملکالعمل فی حصوله له، ولا یخلو جمیع ذلک من الإشکال . (النائینی).

المباحات(۱) ، کالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء، فلو استأجَر مَن یحمل الماء له من الشطّ مثلاً ملک(۲) ذلک(۳)

ص: ۲۱

۱- ۱. لا یخلو من الإشکال، نعم، لا إشکال فی الاستئجار لعمل مقدّماتها من أخذهاوجمعها وإحضارها لدی المستأجِر لِیَحُوزها ویقصد تملّکها . (الإصطهباناتی). * بناءً علی أن لا تکون الحیازه فعلاً مباشریّاً، ویکون أعمّ من المباشره والتسبیب،ویکون قابلاً للنیابه کما هو الأقوی، فحینئذٍ إن قلنا بأنّه یحتاج إلی قصد التملّک فیملکیّته المَحُوز (کذا فی الأصل، والعبارات فیها اضطراب لفظاً ومعنیً .) ، فالمعتبر هو قصد المستأجر فی حصول الملکیّه له، أو قصدالأجیر، أو کلیهما، أو کلّ واحدٍ منهما احتمالات ووجوه لا- یبعد لزوم قصدالمستأجر فی حصول الملکیّه له، وعدم کفایه قصد الأجیر، وأمّا قصد الأجیر التملّکلنفسه فی فرض صحّه الإجاره فلغو لا أثر له، نعم، لو قلنا إنّه فعل مباشریّفالإجاره لأجل الحیازه باطله، إلّا أن یکون لأجل غرضٍ آخر، وحینئذٍ إن قصدالأجیر تملّک نفسه یکون ملکاً له، وإلّا یبقی بلا مالک بناءً علی احتیاج الملکیّه إلیالقصد، وممّا ذکرنا تعرف مواقع النظر فیما ذکره فی المتن . (البجنوردی).

۲- ۲. إذا أجاز الأجیر للمستأجر . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. مع قصده الوفاء بعقد الإجاره، وأمّا مع قصده لنفسه یصیر المَحُوز له، ومع عدمالقصد لواحدٍ منهما فالظاهر بقاوه علی إباحته، ولا یبعد أن یکون المباشر حینئذٍأولی بالحیازه، فیکون الجمع بلا قصدٍ موجباً لتعلّق حقّ الحیازه علیه . هذا إذا کانالجمع لغرض الحیازه مع عدم قصدها فعلاً، وأمّا مع عدم هذا القصد کما إذا جمعلأغراض اُخر فالظاهر بقاوه علی الاشتراک والاستواء بین الناس . (الخمینی). * لو حاز للمستأجِر وقصد التملّک له، وفی غیر هذه الصوره ففی صوره عدم قصدهالحیازه أصلاً لا له ولا- لنفسه فما جمعه باقٍ علی الإباحه، والناس بالنسبه إلیه علیشرع سواء، فهل الجامع أحقّ من غیره فی هذه الصوره أم لا؟ فیه إشکال، وأمّا إنقصدها لنفسه فیصیر ما حازه ملکاً له، لا للمستأجِر . (المرعشی).

الماء(۱) بمجرّد حيازه(۲) السَقّاء(۳) ، فلو أتلفه متلِف قبل الإيصال إلى المستأجِر ضمن قيمته(۴) له(۵) ، وكذا فى حيازه الحطب والحشيش، نعم، لو قصد الموجِر كون المَحُوز لنفسه فيحتمل(۶) القول(۷) بكونه له(۸) ، ويكون ضامناً(۹) للمستأجِر عوض ما فوّته عليه من المنفعه،

۱- ۱. مع قصد التملّک . (الكوه كَمَرى). * المتعارف بين المتشرّعه أنّ الحيازه أعمّ من المباشره والتسبيب، ويكفى فيهامجرّد القصد ولو إجماليّاً ارتكازيّاً، حتّى ولو حصل من الإيجار ونحوه . (السبزوارى). * يعتبر فى صيروره ما يحوزه الأجير ملكاً للمستأجِر قصد كون الحيازه عنه، ولايعتبر قصد التملّک، ولا غيره، وبه يظهر الحال فى بقيّه المسأله . (الروحانى).

۲- ۲. محلّ إشكال، بل عدمه لا يخلو من رجحان؛ إذ هو مخالف للأصل، ولا دليلعليه . (البروجردى). * أى للمستأجِر . (اللنكرانى).

۳- ۳. مع قصد التملّک له . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. الماء من المثليّات . (تقى القمّى).

۵- ۵. الظاهر أنّ ضمان الماء التالف بالمِثل، لا بالقيمه . (الخوئى).

۶- ۶. بل هو الأقوى؛ إذ لم يدخل فى حيازه المستأجِر . (صدرالدين الصدر). * وهو الأقوى . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۷- ۷. وهو الأظهر فيما كان المستأجِر عليه فى الذمّه . (المرعشى). * وهذا أقرب . (محمّد الشيرازى). * وهذا هو الأظهر . (اللنكرانى).

۸- ۸. وهو الأقوى . (الخمينى). * وهو ضعيف . (الفيروزآبادى).

۹- ۹. هذا هو المتعيّن، ويتخيّر المستأجِر بين فسخ الإجاره واسترجاع اُجره المسمّاهوبين تضمينه اُجره مثل ما فوّته عليه . (الفانى).

خصوصاً(١) إذا كـان الموجِر آجَر نفسه على وجهٍ يكون تمام منافعه(٢) فى اليوم الفلانىّ للمسـتأجِر، أو تكون منفعته من حيث الحيـازه له؛ وذلـك لاعتبار(٣) النيّـه فى التملّـك بالحيـازه(۴) ، والمفروض أنّـه لـم يقصـد كـونه للمسـتأجِر، بـل قصـد نفسـه. ويحتمل(۵) القول بكونه للمستأجِر(۶) ؛ لأنّ المفروض أنّ منفعته من طرف الحيازه له(٧) ، فتكون نيّه كونه لنفسه لغواً،

ص: ٢٣

١- ١. هذا قيد لضمان عِوض المنافع الفائته . (المرعشى).

٢- ٢. ولاحتمـال كون أكثر الأمرين من عوض الفائت، واُجره المِثل للحيازه بقصـد نفسـهوجه، لكنّه غير متّجه . (المرعشـى). * للمستأجِر فى تلك الصوره أكثر الأمرين من عوض الفائت واُجره مثل الحيازهبقصد نفسه . (محمّد رضا الگلپايگانى).

٣- ٣. أى تعتبر فى أحقّيّه المستأجِر بما حازه الأجير نيّه الأجير بأنّ ما حازهللمستأجِر . (صدرالدين الصدر). * مقتضى قول علىٍّ عليه السلام فى حديث السكونى « ولليد ما أخذت »(الكافى : ۶/٢٢٣ ، ح ۶ ، تهذيب الأحكام : ٩/۶١ ، ح ٢۵٧.) عدم الاعتبار . (تقى القمّى).

۴- ۴. بل لاعتبار النيّه فى انصراف عمل الأجير عنه إلى المستأجِر حتّى يصير هوالحائز له دون الأجير . (البروجردى).

۵- ۵. هذا الاحتمال ضعيف . (تقى القمّى).

۶- ۶. وهو الأقوى، وعقـد المسـتأجِر كافٍ . (الفيروزآبادى). * هذا هو الأقوى، ولكنّ الصـحيح فى مبنى المسأله غير ما ذكره، والتفصيل لا يسعهالمقام . (الشريعتمدارى).

٧- ٧. نعم، ولكنّ ذلـك لاـ يجعله كأحـد مخـازنه الجمـاديّه يكون كلّما دخل فيه صار تحت استيلائه قهراً، بل هو بعـد إنسانٌ له عمل وإراده وعناوين أعماله تابعه لإرادته، سواءكانت وفاءً لِما عقـده لغيره على نفسه، أو نقضاً له، غايته أنّه يضـمن مع النقض ما فوّتهعليه باُجره مثله . (البروجردى).

والمسأله مبتّیه(۱) علی أنّ . . . .

ص: ۲۴

---

۱ - ۱. لاـ إشـکال ظـاهراً أنّ حقیقه الحیـازه لیست إلّـا عبـارهً عن جعل الشـیء تحتاستیلائه خارجاً، وهـذا المعنی لیس من الاُمور القصـدیّه، ولکنّ مثل هـذا العمل لمّاکان فی حیطه سـلطنه الإنسان شـرعاً فالعقلاء یعتبرون اسـتتباع هـذا العمل لملکیّهالمَحُوز من الأعیـان، ولاـزمه مـالکیّه الحائز ولو قصـد ملکیّه المَحُوز لغیره، أو قصـدأنّ حیازته من قبل غیره، إلّا فی موردٍ کان وکیلاً عن قِبَل الغیر علی وجهٍ یرونالمال تحت حیازه الغیر، وکان المباشـر للحیازه ضعیفاً فی نسبه الاستیلاء إلیه، بلیرون الموکّـل مستولیاً علی المال، وهکذا فی موردٍ آجر نفسه فی هذا العمل فإنّعمله أیضاً ملک لغیره وتحت سـلطنته شـرعاً، المسـتتبع ملکیّه ما یحوزه، ففی مثلهذه الصور لو قصد لنفسه لا یکون موجباً لملکیّته له، بل هو ملک لمن یکون سلطاناًعلی هذا العمل شرعاً، کما لا یخفی، والله العـالم . (آقا ضـیاء). * بل مبتّیه علی أنّ الحیازه الّتی من أسـباب تملّک المباح فعل مباشـریّ، أو أعمّ منهومن التسبیبی، کتعمیر المسجد وبنائه حیث یعمّ کونه بالمباشره والتسبیب ببذلالمال فیه واستئجار العمله والبنّاء له، فعلی الأوّل لا یصحّ الاستئجار لها، بل الحائزهو المباشـر لها، فإن بنینا علی عدم اعتبار قصد التملّک وکونها من الأسباب القهریّهلتملّک الحائز ملک المباح، سواء قصد لنفسه أو لغیره أم لم یقصد أصلاً، وإن بنیناعلی اعتبار قصده ــ کما هو الأقوی ــ فما لم یقصده لنفسه لم یملکه، سواء قصدلغیره أم لم یقصـد أصـلاً . وعلی الثـانی ــ کمـا هو الأـقوی ــ فـإذا ملک المسـتأجر عملهالخاصّ ــ وهو الحیازه الصادره منه بالإجاره وذلـک : إمّـا باستئجـاره لجمیع منـافعه أومن حیث الحیازه مطلقاً أو مقیّـده بزمان خاصّ ــ فحاز فی ذلک الزمان، أو لحیازهعینٍ شخصـیّهٍ فحازها تکون الحیازه الواقعه فی الخارج ملکاً له ومنسوباً إلیهبالتسبیب، فکان المَحُوز له دون الأجیر وإن قصد کونه له؛ لأنّه لم یملک عمله حتّیتکون فائدته له کالعبد . نعم، لو اعتبرنا قصد التملّک لابدّ أن یکون المستأجِر قاصداًله فی استئجاره، وأمّا إذا لم یکن قاصداً له بأن اسـتأجره لها بغرضٍ من الأغراضالعقلائیّه یبقی المحوز علی إباحته الأصـلیّه، ولا یکون ملکاً للأجیر، ولا للمسـتأجِر .(الإصـفهانی). * بل مبتّیه علی أنّ الفعل الصادر من الفاعل المختار یصحّ أن یکون لغیره من دونقصد الفاعل ذلک، أو لابـدّ من قصـده أنّه للغیر أو عن الغیر، والأـظهر الثانی، فمع عدمالقصـد المـذکور یکون الفعل للفاعل، من غیر فرقٍ بین أقسام الأـجیر والفعـل الّـذیوقعت الإجـاره علیه . (صدرالـدین الصـدر). * بـل مبتّیـه علی أنّ الحیـازه فعـل مباشـریّ، أو أعمّ منه ومن التسبیبی، وعلیالثانی ــ کما هو الأقوی ــ هل التسبیب یحصل بمجرّد کون المنفعه الخاصّهللمستأجِر، أو لابدّ فیه من عمل الموجِر للمسـتأجِر وفاءً لإجارته؟ والثانی هوالأقوی . (الخمینی). * والأظهر فی تقریر المبنی أن یقال : إنّ الفعل الصادر من المختار هل یصحّ أنیکون مستنداً إلی غیره ولو بدون قصد الفاعل أم لابدّ فیه من القصد؟ والأقربالثانی، ویمکن تقریر آخر له أیضاً بأن یقال : إنّ صـرف الفعل ــ أی الحیازه ــ هلیکفی فی خروج المورد عن تساوی الناس ودخوله تحت سلطه المحاز له ولوبالتسبیب بفعل الغیر، أم لا؟ وبعباره اُخری : هل تلزم المباشـره فی تحقّق الحیازه، أولا؟ وعلی الفرض فهل الملاک فی اسـتحقاق المستأجِر عمل الأـجیر ومنفعته جعلاستیلاـئه استیلاـئه (فی أصـل النسـخه تکرار کلمه (استیلاـئه).) مطلقاً، أو حیث لم یقصـد الأجیر خلافه؟ (المرعشـی). * الظـاهر عـدم الابتنـاء علیه فقـط . (السبزواری).. * بـل مبتّیه علی ما أفاده بعض الأکابر من المحشّـین (وهو قول السیّد الإمام الخمینی قدس سره فی تعلیقته المتقدّمه أعلاه .) حیث قال : « بل مبتّیه علی أنّالحیازه فعل مباشریّ، أو أعمّ منه ومن التسبیبیّ، وعلی الثانی ــ کما هو الأقوی ــ هلالتسبیب یحصل بمجرّد کون المنفعه الخاصّه للمستأجر، أو لابدّ فیه من عملالمؤجر للمستأجِر وفاءً لإجارته؟ والثانی هو الأقوی ». انتهی، وما قوّاه فی الفرضَینهو الأقوی عندی أیضاً . (اللنکرانی).

الحيازه(۱) من الأسباب القهريّه لتملّك الحائز ولو قصد الغير،

ص: ۲۶

۱- ۱. بـل مبتيّه على أنّ الحيازه هل هى إخراج المباح عن تساوى الناس فيه بإدخالهتحت استيلاء نفسه ولو بفعل غيره، أو يتحقّق أيضـاً باستيلاء غيره عليه بتسبيب منه؟فعلى الأـوّل لا تصـحّ الإجاره عليها وإن صـحّت على مقـدّماتها، كما مرّ، وعلى الثانيتصـحّ، وعلى تقـدير الصـحّه فهـل اسـتحقاق المسـتأجِر عمـل الأـجير أو منفعته يجعلاستيلاءه استيلاء المسـتأجِر مطلقاً، أو فيما إذا لم ينوِ الأجير خلافه، أو لا ينصرفإليه إلّا بنيّته كونه (كذا فى الأصل، ويحتمل (بنيّه كونه).) له، أو عنه، أو أداء ما استوجِر عليه؟ وجوه، أظهرهاالأخير، وأمّا اعتبار نيّه التملّك فى حصول الملك بالحيازه وعـدمه فأجنبيّعن ذلك رأساً . (البروجردى). * بل مبتيّه على أنّ الحيـازه ــ الّتى من أسـباب تملّك المباح ــ فعل مباشـرىّ، أو أعمّمنه ومن التسبّيبى، كتعمير المسـجد وبنائه؛ حيث يعمّ كونه بالمباشره والتسبيب ببذلالمال فيه، واستئجار العمله والبناء له، فعلى الأوّل لا يصحّ الاستئجار لها، بل الحائزهو المباشر لها، فإن بنينا على عـدم اعتبار قصـد التملّك وكونها من الأسـباب القهريّهلتملّك الحائز ملك المباح، سواء قصد لنفسه أو لغيره، أو لم يقصـد أصـلاً، وإن بنيناعلى اعتبار قصده ــ كما هو الأقوى ــ فما لم يقصده لنفسه لم يملكه، سواء قصدلغيره، أو لم يقصد أصلاً، وعلى الثـانى ــ كمـا هو الأـقوى ــ فإذا ملك المسـتأجِر عمله الخاصّ وهو الحيازه الصادره منه بالإجاره، وذلك : إمّا باستئجاره لجميع منـافعه ومنحيث الحيازه مطلقاً، أو مقيّـدهً بزمانٍ خاصّ فحاز فى ذلك الزمان، أو لحيازه عينشخصـيّه فحازها تكون الحيازه الواقعه فى الخارج ملكاً له ومنسوباً إليه بالتسبيب،فكان المَحُوز له دون الأجير إذا قصد أنّ العمل من جهه أمره وما عقد عليه منالتسبيب؛ لأـنّه لابـدّ فى الأـُمور التسبيبيّه الإـراديّه من إراده العامل وقصـده كون العملبتسبيب المسـبّب، وإلّا فوّت المنفعه عليه، ويضـمن . (عبدالله الشيرازى).

ولازمه(۱) عدم صحّه الاستئجار(۲) لها، أو يعتبر فيها نيّه التملّك(۳) ودائره مدارها، ولازمه صحّه الإجاره(۴)، وكون المَحُوز لنفسه(۵) إذا قصد نفسه وإن كان أجيراً للغير، وأيضاً لازمه عدم حصول الملكيّه له إذا قصد(۶) كونه للغير من دون أن يكون أجيراً له أو وكيلاً عنه(۷)، وبقاوه على الإباحه، إلّا إذا قصد بعد ذلك(۸) كونه له؛ بناءً على عدم(۹) جريان التبرّع في

۱- ۱. لا وجه للتلازم، ولا بأس بإجاره أجيرٍ لِما يرجع إلى نفسه، كما لو آجره لكنسداره . (تقى القمّى).

۲- ۲. يصحّ مع الغرض الصحيح ولو على هذا المبنى . (السبزوارى).

۳- ۳. هذا هو الأقوى، كما هو المشهور؛ لأنّ الحيازه بنفسها ومن دون قصدٍ ليست سبباًلاعتبار العقلاء ملكيّه المحيز، بل هى سبب قصديّ للتملّك عندهم، فالإجاره عليالحيازه إجاره على فعلٍ قصدى، فإذا حاز الأجير قاصداً تملّك نفسه أتى بما هو ضدّلمملوك المستأجر وفوّته عليه، ولكنّه يملك المُحَاز . (الفانى).

۴- ۴. الملازمه ممنوعه . (أحمد الخونسارى).

۵- ۵. ممنوع؛ الكفايه نيّه التملّك من المستأجِر . (الفيروزآبادى).

۶- ۶. أى للغير . (الفيروزآبادى).

۷- ۷. بناءً على عدم جريان التبرّع كما ذكره فى المتن بعيد هذا .(الفيروزآبادى).

۸- ۸. أى لنفسه . (الفيروزآبادى).

۹- ۹. قيد لقوله : « عدم حصول الملكيّه له إذا قصد كونه للغير ...» إلى آخره . (الفيروزآبادى).

حیازه المباحات(۱) ، والسبق إلی المشترکات وإن کان لا یبعد(۲) جریانه(۳) ، أو أنّها من الأسباب القهریّه لمن له تلک المنفعه(۴) ، فإن لم یکن أجیراً یکون له وإن قصد الغیر فضولاً، فیملک بمجرّد قصد الحیازه، وإن کان أجیراً للغیر یکون لذلک الغیر قهراً وإن قصد نفسه أو قصد غیر ذلک الغیر، والظاهر عدم کونها من الأسباب القهریّه مطلقاً، فالوجه الأوّل غیر صحیح(۵) ، ویبقی الإشکال فی ترجیح(۶)

۱- ۱. یتوقّف جواز الاستئجار لها علی أن تکون ممّا تدخله النیابه، ویکون تملّک المباحبها أثراً متولّداً منها، تابعاً لها فی الملکیّه، بلا حاجهٍ إلی قصده أو کفایه قصد مَنیملک العمل فی حصوله له، ولا یخلو جمیع ذلک من الإشکال . (جمال الدین الگلپایگانی). * وکونها ممّا تقبل النیابه، وکون المباح بها ملکاً بالتَبَع ولو لم یقصد . (المرعشی).

۲- ۲. بل هو قویّ جدّاً؛ لأنّ ما یقبل الإجاره یقبل النیابه، وما یقبل النیابه یقبل التبرّع؛إذ الجامع ـ وهو إمکان التسبّب إلی الفعل بینها ـ موجود . (الفانی). * محلّ إشکال، بل منع . (الخمینی). * فیه إشکال . (المرعشی).

۳- ۳. بل بعید . (الإصطهباناتی، محمّد رضا الگلپایگانی). * بل هو بعید . (البروجردی).

۴- ۴. لا یبعد صحّه ذلک المبنی . (عبدالهادی الشیرازی).

۵- ۵. بل الظاهر أنّها ملکیّه المَحُوز للحائِز الأخذ، إلّا فی ما یکون آلهً وسبباً لتملّکالغیر باستدعائه وإجارته هذه الفائده، والأجیر أو المأمور یقصد الغیر . (تقی القمّی).

۶- ۶. الأصحّ أنّ الحیازه سبب قهریّ، ولکن مع قصد التملیک لغیره أو التملّک لنفسه، فلواستوجِر علی الحیازه فی وقتٍ معیّنٍ ملک علیه تلک المنفعه، ووجب وفاءً بالعقد أنیقصد الحیازه للمستأجِر، فلو قصدها لنفسه بطلت؛ لأنّ تلک المنفعه مملوکه لغیرهولم تقع للغیر؛ لأنّه لم یقصدها، فیبقی المُحاز علی الإباحه الأصلیّه، ویسترجعالمستأجر الاُجره؛ لعدم حصول الوفاء بالعقد . (کاشف الغطاء). * لا یبعد أن یکون الوجه الأخیر هو الأرجح . (الخوئی).

أحد(۱) الأخيرين(۲) ، ولابدّ من التأمّل(۳) .

استئجار المرأه للإرضاع والارتضاع

(مسأله ۷) : يجوز استئجار المرأه للإرضاع، بل للرضاع(۴) ، بمعنى الانتفاع بلبنها(۵) ، وإن لم يكن منها فِعلُ مدّهٍ(۶) معيّنه(۷) ، ولابدّ من مشاهده

ص: ۲۹

۱- ۱. الأظهر ترجيح الأخير، وهو الثالث فى كلامه قدس سره . (المرعشى).

۲- ۲. الأقوى رجحان أوّلها، كما لا يخفى . (الحائرى). * الظاهر ترجيح أوّلهما . (السبزوارى).

۳- ۳. الأقوى أوّل الأخيرين، فيصير المَحوز للمستأجِر، والأجير بمنزله الآله، ونيّهالحيازه والتملّك من المستأجِر كافٍ . (الفيروزآبادى). * والأقوى ترجيح الأوّل منهما، كما هو المرتكز عند العقلاء فى حيازه المباحات .(محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. فيكون كالاستقاء من البئر . (الفانى). * فيه نظر، إلّا أن يكون المراد الارتضاع منها . (المرعشى).

۵- ۵. مشكل، بل الظاهر عدم الجواز . (الحائرى).

۶- ۶. بناءً على عدم انحصار إجاره النفس بتمليك العمل، وكفايه كون الشخص مورداًللانتفاع المعتدّ به ممّا لا يجوز إلّا برضاه فى صحّتها، ولا ريب أنّ الارتضاع منالمرأه انتفاع مقصود للعقلاء، ولا يجوز إلّا برضاها، فلا مانع من إجاره نفسها لِأنْيرتضع منها، فتكون المرأه فى الحقيقه من حيث إنّها عين ينتفع بها مورداً للإجارهكسائر الأعيان المنتفع بها، واستلزام الانتفاع بها لإتلاف اللبن لا يضرّ بصحّهالإجاره بعدما كان متعلّقها شخص المرأه الباقيه، لا لبنها، كما سيأتى فى إجاره الشاهونحوها . (الإصفهانى).

۷- ۷. لا إشكال فى جواز استئجار المرأه للإرضاع، كما أنّه لا مانع للرضاعأيضاً، أى الارتضاع بلبنها؛ لأنّه انتفاع مقصود للعقلاء، فتكون المرأه مورداًللإجاره كسائر الأعيان يستوفى منافعها، كما أنّ الأوّل كان من قبيل إجارهسائر العمال . (مفتى الشيعه).

الصبیّ الّذی استُوجِرت لإرضاعه؛ لاختلاف الصبیان، ویکفی وصفه علی وجهٍ(۱) یرتفع الغَرر.

وکذا لابدّ من تعیین المرضعه شخصاً أو وصفاً علی وجهٍ یرتفع الغَرر، نعم، لو استُوجِرت علی وجهٍ یستحقّ منافعها أجمع(۲) الّتی منها الرضاع لا ـ یعتبر حینئذٍ مشاهده الصبیّ أو وصفه، وإن اختلفت الأغراض بالنسبه إلی مکان الإرضاع؛ لاختلافه من حیث السهوله والصعوبه والوثاقه وعدمها لابدّ من تعیینه أیضاً.

استئجار المرأه المزوّجه للرضاع

(مسأله ۸) : إذا کانت المرأه المستأجَره مزوّجهً لا یعتبر فی صحّه استئجارها إذنه ما لم ینافِ(۳) ذلک لحقّ استمتاعه؛ لأنّ اللبن لیس له(۴) ، فیجوز لها الإرضاع من غیر رضاه؛ ولذا یجوز لها أخذ الاُجره من الزوج علی إرضاعها لولده، سواء کان منها أو من غیرها، نعم، لو نافی(۵) ذلک حقّه

ص: ۳۰

۱- ۱. علی ما هو المقرّر عندهم من اشتراط عدم الغَرر فی العقود . (تقی القمّی).

۲- ۲. وعلی وجه یستحقّ منفعتها الرضاعیّه . (الشریعتمداری).

۳- ۳. أو عدم الخروج من الدار بغیر إذنه . (صدرالدین الصدر).

۴- ۴. والإرضاع والارتضاع کذلک . (المرعشی).

۵- ۵. المنافاه لا یترتّب علیها بطلان الاستئجار بعد کون اللبن والإرضاع مملوکَینللزوجه، بل غایه الأمر بعد فرض الصحّه وقوع التنافی فی الخارج فی مقام إعمالالحقّین، والحکم فیه تقدیم حقّ الزوج، کما هو المنسوب إلیهم، أو إجراء حکمالتزاحم، کما اختاره بعض المحقّقین، أو الرجوع إلی قاعده العدل والإنصاف، کما هوغیر بعید، ومنه ظهر أنّه لا وجه للانفساخ فی الفرض الآتی، الّذی یقع الاستئجار] فیه [(أضفناه لیستقیم السیاق .) فی حال غیبه الزوج . (اللنکرانی).

لم یَجُزْ إلّا بإذنه(۱) .

ولو کان غائباً فآجَرَت نفسَها للإرضاع فحضر فی أثناء المدّه وکان علی وجهٍ ینافی حقّه انفسخت(۲) الإجاره(۳)

۱- ۱. هذا إذا أذن قبل العقد، وأمّا بعده فمشکل؛ لأنّه لا منفعه لها بالنسبه إلی القدرالمنافی، فیکون نظیر من باع ثمّ ملک، ولیس من قبیل الضدّین، وکذا فیما کان الزوجغائباً فحضر فی الأثناء، فالأحوط فی کلتا الصورتَین العدم . (الحائری). * علی الأحوط . (الروحانی).

۲- ۲. مع عدم الإجازه . (الإصفهانی، عبدالله الشیرازی، الخمینی). * مع ردّ الزوج . (صدرالدین الصدر). * إذا ردّها . (المرعشی). * الحقّ فی التعبیر أن یقال : یَکشف أنّ الإجاره کانت باطلهً من أوّل الأمر، إلّا معإجازه الزوج . (تقی القمّی).

۳- ۳. مع عدم الإجازه . (البروجردی، حسن القمّی). * إذا لم یُجِزْها . (الإصطهباناتی). * إن لم یُجِزْها الزوج . (مهدی الشیرازی). * بل للزوج الردّ والإجازه . (عبدالهادی الشیرازی). * إن لم یُجِزْ فی تلک المدّه الباقیه، ولم یُسقِط حقَّه، وإلّا فلا وجهللانفساخ . (البجنوردی). * مع رفع یده عن حقّه لا وجه للانفساخ . (أحمد الخونساری).. * إذا لم یُجِزِ الزوج . (الفانی). * مع ردّ الزوج، وتصحّ مع إجازته . (السبزواری). * بل یکون فضولیّاً متوقّفاً علی إجازه الزوج، أو ردّه . (محمّد الشیرازی). * مع عدم الإجازه فی بقیّه المدّه، ولو أجاز ورفع الید عن حقّه فلا جهه لانفساخالإجاره . (مفتی الشیعه).

بالنسبه(۱) إلی بقیّه المدّه(۲) .

إجاره المرأه نفسها للرضاع قبل التزوّج

(مسأله ۹) : لو کانت الامرأه خلیّهً فآجرت نفسها للإرضاع أو غیره من الأعمال ثمّ تزوّجت قُدِّم(۳) حقّ المستأجِر(۴) علی(۵) حقّ الزوج فی صوره المعارضه، حتّی أنّه إذا کان وطوه لها مضرّاً بالولد منع منه.

جواز إجبار الأمه علی الرضاع إلّا المکاتبه والمبعّضه

(مسأله ۱۰) : یجوز(۶) للمولی(۷) إجبار أمته علی الإرضاع إجارهً أو

۱- ۱. إن ردّها الزوج . (الشریعتمداری). * علی تقدیر عدم الإجازه من الزوج . (الخوئی). * علی الأحوط ما لم یُجِزِ الزوج، وإلّا فلا إشکال فی الصحّه . (الروحانی).

۲- ۲. بل له الردّ والإمضاء حتّی بالنسبه إلی ما مضی، مع المنافاه لحقّه؛ لأنّ غیبته لاتُسقِط حقّه، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. بناءً علی تقدیم حقّ الزوج فی المسأله السابقه، وأمّا بناءً علی کون المقام من بابتزاحم الحقّین، أو علی کونه من موارد قاعده العدل والإنصاف فاللازم الرجوعإلیهما . (اللنکرانی).

۴- ۴. فیه إشکال، بل منع، کما تقدّم غیر مرّه . (محمّد الشیرازی). * إذا کانت الإجاره فی مدّه خاصّه وطالبها الزوج فیها بالاستمتاع، وأمّا إذا کانتالإجاره مطلقهً وطالبها المستأجِر بالإرضاع فالأظهر هو التخییر . (الروحانی).

۵- ۵. بناءً علی أهمّیّته . (أحمد الخونساری).

۶- ۶. هذه المسأله وأمثالها خارجه عن محلّ الابتلاء فی أمثال زماننا . (تقی القمّی).

۷- ۷. لأنّه مالک للبنها؛ لأنّه نماء ملکه . (آقا ضیاء).

تبرّعاً، قِنّه كانت أو مُدَبَّره أو اُمَّ ولد، وأمّا المكاتَبه المطلقه فلا يجوز له إجبارها، بل وكذا المشروطه، كما لا يجوز فى المبعَّضَه(۱) ، ولا فرق بين كونها ذات ولدٍ يحتاج إلى اللبن أو لا؛ لإمكان إرضاعه من لبن غيرها.

عدم الفرق فى المرتضع بين المعيّن والكلّى

(مسأله ۱۱) : لا فرق فى المرتَضِع بين أن يكون معيّناً أو كُلّيّاً، ولا فى المستأجَره بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله فى ذمّتها، فلو مات الصبىّ فى صوره التعيين أو الامرأه فى صوره تعيين المباشره انفسخت(۲) الإجاره،

بخلاف ما لو كان الولد كلّيّاً أو جعل فى ذمّتها فإنّه لا تبطل بموته أو موتها، إلّا مع تعذّر الغير من صبىٍّ أو مرضعه.

حكم استئجار الشاه للبنها والشجره لثمرتها

(مسأله ۱۲) : يجوز استئجار الشاه(۳) . . . .

۱- ۱. إلّا مع المهاباه مع مولاها، أو كون الإرضاع فى نوبته . (صدرالدين الصدر). * إلّا أن يقسم بالمهاياه (كذا فى الأصل، والظاهر (المهاباه)). (أحمد الخونسارى). * إلّا فى صوره كون الإرضاع فى نوبته مع التقسيم بالمهاياه (كذا فى الأصل، والظاهر (المهاباه)). (المرعشى).

۲- ۲. لا معنى للانفساخ، بل يكشف أنّ الاجاره كانت باطلهً من أوّل الأمر . (تقى القمّى).

۳- ۳. إذا كان المقصود الانتفاع بالشاه بصرف لبنها وبالأشجار بتناول ثمرها وبالبئربالاستقاء منها، لا تملّك اللبن والثمر والماء؛ لأنّ الإجاره ليست من الأسبابالمملِّكه للأعيان، وإنّما يكون سببه البيع ونحوه . (الإصفهانى). * ويشكل استئجارها لتملّك ما يكون، أو يتكوّن فيها من اللبن والثمروالماء . (أحمد الخونسارى). * أى استئجارها للانتفاع بها بصرف تلك الأعيان، لا تملّكها حتّى يورد بأنّ المملِّك للأعيان هو البيع والهبه دون الإجاره، مضافاً إلى أنّ الّذى لا يلائم الإجاره كونالانتفاع بإتلاف العين المستأجَره، وهاهنا ليس كذلك؛ إذ العين المستأجَره ـ وهيالشاه ـ باقيه . (المرعشى). * لو كان متعلّق الإجاره نفس الأعيان بلحاظ الانتفاع بمنافعها المذكوره عندالعقلاء سواء كانت متكوّنه أم يتكوّن فيما بعد فلا مانع عن صحّه إجارتها؛ لأنّ هذهالأعيان باقيه، وإنّما التالفه أعيان اُخرى الّتى هى بحكم المنافع بالنسبه إلى الأعيانالمذكوره، ولو كان متعلّقها نفس تلك المنافع ـ وهى اللبن والثمر والماء ـ وقصدتمليكها بالإجاره استقلالاً من دون تبعيّتها للأعيان فالإجاره باطله؛ لأنّ الانتفاعفيها بإتلاف العين مثل إجاره الخبز للأكل، وإجاره نفس لبن المرأه فى الرضاع، وهذاينافى حقيقه الإجاره؛ لأنّها مُملِّكه للمنافع، لا الأعيان، وإنّما المُمَلِّك لها البيعونحوه . (مفتى الشيعه).

لِلَبنها(۱) ، والأشجار للانتفاع بأثمارها(۲) ، والآبار للاستقاء، ونحو

۱- ۱. أی للانتفاع بصرف لبنها، وکذا استئجار الآبار للانتفاع بالاستقاء منها . والحاصل : أنّه تصحّ إجاره الأشیاء المذکوره إذا کان المقصود الانتفاع بما ذکر،لا۔ تملّک اللبن والثمره والماء؛ فإنّ الإجاره لیست مُملِّکه للأعیان، بل المُملِّکلها البیع ونحوه . (الإصطهباناتی). * الأقوی عدم صحّه استئجارها لتملّک ما یکون أو یتکوّن فیها من اللبن والثمروالماء، وأمّا استئجارها للانتفاع بها بدون تملّکها فهو وإن کان لصحّته وجه لکنّهاأیضاً محلّ إشکال . (البروجردی). * أی للانتفاع بلبنها . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. لا بأس باستئجار المذکورات للمنافع الّتی تتکوّن فیها بعد الإیجار، وفیجواز استئجارها للمنافع الموجوده فیها فعلاً من الماء واللبن والثمره إشکال،ولکنّ المعامله علیها صحیحه بعنوان الإباحه بالعوض، وکذا فی سائر الموارد الّتیمن هذا القبیل . (الروحانی).

ذلک، ولا یضرّ کون الانتفاع(۱) فیها بإتلاف الأعیان(۲) ؛ لأنّ المناط(۳) فی المنفعه(۴) هو العرف، وعندهم یُعَدّ(۵)

۱- ۱. أمّا بالنسبه إلی المنافع المتکوّنه فیما بعد فلا إشکال فیها، وبالنسبه إلی الأعیانالموجوده من المنافع ففیه إشکال . (حسن القمّی).

۲- ۲. لیس الانتفاع فیها إتلافاً للأعیان المستأجَره، بل إتلافاً لمنافعها، کما أنّه فی إجارهمثل الدار إتلافاً لمنفعه الدار وهی السکنی . (عبدالله الشیرازی).

۳- ۳. الأولی أن یقال : إنّ الّذی ینافی حقیقه الإجاره کون الانتفاع فیها بإتلاف العینالمستأجَره، کإجاره الخبز للأکل والشمع والحطب للإشعال، ولیس متعلّق الإجارهفی الأمثله المزبوره إلّا الاُمور الباقیه، وهی الشاه والشجر والبئر، لا الأشیاء التالف_همن اللبن والثمر والماء، وکون الانتفاع بعینٍ بإتلاف عینٍ اُخری لا ینافی حقیقهالإجاره، نعم، ربّما یشکل فی إجاره الأشجار للثمار بأنّ الانتفاع الحاصل فیها یُعَدّفی العرف انتفاعاً بالثمر، لا بالشجر، فلیُتدبّر . (الإصفهانی). * مضافاً إلی ما یقال من أنّ الّذی ینافی حقیقه الإجاره کون الانتفاع بإتلاف العینالمستأجَره کإجاره الخبز للأکل والشمع والحطب للإشعال، ولیس متعلّق الإجارهفیما نحن فیه إلّا الاُمور الباقیه من الشاه والشجر والبئر، لا الأشیاء التالفه من اللبنوالتمر والماء، وکون الانتفاع بعینٍ بإتلاف عین أخری لا ینافی حقیقه الإجاره،فتأمّل، فإنّ فی مثل استئجار الأشجار ونحوها یُعدّ فی العرف انتفاعاً بالأثمار، لابالأشجار . (الإصطهباناتی).

۴- ۴. المنفعه إنّما تُعتبر بلحاظ الحیث الوجودیّ القائم فی الأعیان، والثمره قبلوجودها الخارجیّ یکون لها حیث وجودیّ کامن فی الشجره وقائم بها، فیکونوزانها وزان سائر المنافع، والصدق العرفیّ منشؤه ما ذکر . (الفانی).

۵- ۵. والتحقیق أن یقال : إنّ لهذه الأعیان اعتبارین : أحدهما : اعتبار کونها من تبعاتقابلیّه العین، ومن شوونها ولو بلحاظ انقلاب القابلیّه إلی الفعلیّه، ووصولها إلی هذهالدرجه . وثانیهما : کونها شیئاً فی حیال ذاتها، وکونها من الموجودات المستقلّه فیقبال الأرض ومنافعها، فهی بهذا الاعتبار لا تُعدّ من منافع الأرض وتبعات العین، بلکانت موجودات فی قبالها، وهذا بخلاف ملاحظتها بالاعتبار الأوّل؛ إذ هی منتبعات قابلیّه العین کنفس المنافع التدریجیّه، وهی بهذا الاعتبار تُعدّ من منافعها ومنتبعات وجودها، ومثل ذین الاعتبارین جائیان فی الأعمال أیضاً، خصوصاً فیالعبادات، فکان وزانهما وزان المفاهیم القابله لاعتبارها بنحو الاستقلال والاسمیّه،وبنحو التبعیّه والحرفیّه، وبهذا البیان ترتفع شبهه أبی حنیفه فی إجاره مکانٍ للصلاهأو الفضاء، فراجع الجواهر (جواهر الکلام : ۲۷/۳۰۱.) ، ولقد أجاد فی ما أفاد فی حلّ الشبهه فی مقام الردّعلی إبلیس . وعلی أیّ حالٍ نقول : إنّ من نتائج کلّ اعتبارٍ صحّته، نحو من العقدإجارهً أو بیعَ ثمار، فتدبّر، والله العالم . (آقا ضیاء).

اللبن منفعةً(۱) للشاه(۲) ، والثمر منفعةً للشجر، وهكذا؛ ولذا قلنا(۳) بصحّه استئجار المرأه للرضاع وإن لم يكن منها فعل بأن انتفع بلبنها فی حال نومها، أو بوضع الولد فی حجرها وجعل ثديها فی فم الولد من دون مباشرتها لذلك، فما عن بعض(راجع تذكره الفقهاء للعلّامه الحلّی: ۲/۲۲۴، إرشاد الأذهان للعلّامه الحلّی: ۱/۴۲۳، السرائر :۲/۴۷۲.)

۱- ۱. لكن لا بنحوٍ يملك اللبن بعقد الإجاره، بل له الانتفاع بصرف لبنها، وكذا فیالأشجار والآبار، فهذا نحو من الانتفاع بتلك الأعيان وإن استلزم إتلاف أعيانٍ أُخرَمن اللبن والثمر والماء . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- ۲. فلا مانع من حصول الملكيّه بالإضافه إلی اللبن ونحوه، فكما أنّ استئجار الداريؤثّر فی حصول ملكيّه السكنی بناءً علی المشهور فكذلك استئجار الشاه يورثملكيّه نفس اللبن، ولا مانع منه أصلاً . (اللنكرانی).

۳- ۳. وقد مرّ أنّ المقصود هناك الارتضاع، لا ما أفاده قدس سره . (المرعشی).

العلماء(١) من إشكال الإجاره فی المذکورات؛ لأنّ الانتفاع فیها بإتلاف الأعیان، وهو خلاف وضع الإجاره لا وجه(٢) له(٣) .

---

١ - ١. کما أنّ ما عن بعضٍ آخر (راجع تحریر الأحکام للعلّامه الحلّی : ٣/٩٢ _ ٩٤ ، جواهر الکلام : ٢٧/٢٩٣.) من الحکم بالصحّه، وتأثیر الإجاره فی جواز الانتفاعفقط، من دون استلزام لتملّک اللبن ونحوه لا وجه له أیضاً . (اللنکرانی).

٢ - ٢. بل هو فی محلّه، خصوصاً فی إجاره الأشجار للانتفاع بأًثمارها ونحو ذلک .(جمال الدین الگلپایگانی).

٣ - ٣. بل هو فی محلّه، خصوصاً فی إجاره الأشجار للانتفاع بأثمارها ونحو ذلک .(النائینی). * بل فی محلّه، نعم، یجوز إعطاء الشاه للبنها، وأمّا کونها إجارهً فغیر معلوم .(الحائری). * إن قلنا : إنّ الإجاره تملیک المنافع _ کما هو المعروف _ فالإشکال فی محلّه . وإنقلنا : إنّ الإجاره إضافه خاصّه بالنسبه إلی العین المستأجَره یستتبعها ملک المنافع _کما هو الأقوی _ فلا إشکال . (صدرالدین الصدر). * هذا فیما إذا تعلّقت الإجاره بنفس الشاه والشجر والبئر باعتبار الانتفاع بمنافعهاوإن کانت تلک المنافع من الأعیان، سواء کانت موجودهً أو توجد فیما بعد، وأمّا لوتعلّقت بنفس تلک المنافع وقصد تملیکها ابتداءً من دون اعتبارها تابعهً لتلک الأعیانومن فوائدها ففی صدق الإجاره علیها إشکال، بل منع . (البجنوردی). * بل له وجه متّجه، غایه الأمر بالتوجیه المتقدّم فی الرضاع ونظیره فی غیره، ثمّهذا کلّه علی مبنی المشهور من کون الإجاره بالمعنی الاسمیّ تملیک المنفعه، وأمّاعلی تقدیر کونها الإضافه الخاصّه بالنسبه إلی العین المستأجَره بحیث یستلزم ملکالمنفعه _ کما قدّمناه _ فلا إشکال . (المرعشی). * بل له وجه وجیه بالنسبه إلی الأعیان الموجوده من المنافع، نعم، لا بأس بالإجاره بالإضافه إلی ما یتکوّن منها فیما بعد . (الخوئی). * بل هو وجیه إن وقعت الإجاره علی الثمره الموجوده ودفع العوض بإزائها، لا فیمقابل الانتفاع بها . (السبزواری). * بالنسبه إلی الفرض الأوّل، وأمّا بالنسبه إلی الفرض الثانی فهو وجه صحیح .(مفتی الشیعه).

حكم الإجاره لإتيان الواجبات العينيّه والكفائيّه

(مسأله ۱۳) : لا يجوز(۱) الإجاره(۲) لإتيان الواجبات(۳)

ص: ۳۸

۱- ۱. بـل يجوز؛ فـإنّ الوجوب التكليفيّ لاـ يوجب فسـاد الإجاره . (تقى القمّى). * لم يقم دليل على عـدم الجواز من القواعد والإجماع، نعم، قـد استُفِيدمن دليل بعض الواجبات العينيّه والكفائيّه لزوم الإتيان بها مجّاناً، كالأمثلهالمـذكوره فى العباره، فعـدم الجواز فيهـا لهـذه الجهه، لاـ لعنوان الإجاره لإتيانالواجب، وهو ۱ يصـرّح بعـد ذلك فى المسائل الختاميّه بجواز أخـذ الأُجرهعلى الطبابه مطلقاً . (اللنكرانى).

۲- ۲. الظـاهر جواز الإجـاره مطلقـاً حتّى فى الواجب الكفـائى والعينى، إلّا فى علم منالأدلّه الشـرعيّه، وقصـد الشارع حصوله فى الخـارج مجّانـاً وبلاـ عوض، كالأمثلهالمـذكوره فى المتن؛ ولـذا سـيأتى عن المصـنّف قـدس سره فى المسأله السابعه عشـره من الخامسه (أى فى المسأله السابعه عشـره من مسائل الخاتمه من فصل « فى التنازع » ، فراجع .) جواز أخـذ الأُجره على الطبابه وإن كانت واجباً كفائيّاً، بل وإن صارتواجباً عينيّاً . (محمّد الشيرازى).

۳- ۳. وجوب الشـىء كفائيّـاً بـل عينيّـاً لاـ ينافى جواز أخـذ الأُجره عليه ما لم يثبت منالخارج لزوم الإتيان به مجّاناً، كما ثبت فى المـذكورات فى المتن . (الخوئى). * هـذا الحكم فى غير مـا ثبت من الشـرع لزوم الإتيـان به مجّاناً ممنوع . (حسن القمّى). * كلّ واجبٍ ثبت الدليل فيه بإتيانه مجّاناً عليه،] فإنّ [(أضـفناه لكى يسـتقيم السياق .) أخذ الأُجره عليه غير جائز، كما فى الموارد المذكوره فى العباره، وأمّا مجرّد عنوان الواجب كفائيّاً كان أوعينيّاً مانعاً عن أخذ الأُجره عليه فعندى فيه نظر . (مفتى الشيعه).

العینیّه[(۱)] کالصلوات الخمس، والکفائیّه[(۲)] کتغسیل الأموات وتکفینهم والصلاه علیهم، وکتعلیم القدر الواجب من اُصول الدین وفروعه، والقدر الواجب من تعلیم القرآن کالحمد وسورهٍ منه، وکالقضاء والفتوی ونحو

۱- ۱. علی الأحوط . (الحائری). * صفه الوجوب لا تنافی الإجاره، نعم، فی بعض الواجبات ثبت من الخارج لزومالإتیان به مجّاناً، وفیه لا یجوز أخذ الاُجره لذلک، کما أنّه فی بعض الموارد غیرالواجب ورد النصّ (الوسائل : الباب (۳۸) من أبواب الأذان والإقامه، ح ۱.) المتضمّن لعدم الجواز کالأذان . (الروحانی).

۲- ۲. فی عدم جواز أخذ الاُجره علی الواجبات الکفائیّه علی إطلاقه إشکال .(عبدالهادی الشیرازی). * إطلاق عدم جواز الإجاره علی الواجبات العینیّه فضلًا عن الکفائیّهغیر صحیح، وهو ۱ صرّح فی المسأله السابعه عشره من خاتمه الإجاره بخلافما أفتی به هنا، حیث صرّح بجواز أخذ الاُجره علی الطبابه وإن وجبت عیناً،فالمدار فی عدم الجواز فهم المجانیّه من الدلیل، لا مجرّد کونه واجباً .(الشریعتمداری). * إذا یترتّب علیها غرض عقلائی ولو کان إسقاطاً عن المستأجر أو غیره فجوازهالا یخلو من القوّه . (عبدالله الشیرازی). * الأقوی جواز الاستئجار لإتیانها، وما استدلّوا به علی عدم الجواز تکلّف واضح .(الفانی). * علی الأحوط . (الخمینی).

ذلک(۱) . ولا یجوز(۲) الإجاره علی الأذان(۳) ، نعم، لا بأس بارتزاق القاضی والمفتی والموذّن من بیت المال، ویجوز الإجاره لتعلیم الفقه والحدیث والعلوم الأدبیّه وتعلیم القرآن(۴) ما عدا المقدار الواجب ونحو ذلک.

الإجاره لأعمال المسجد والمشهد

(مسأله ۱۴) : یجوز الإجاره لکنس المسجد والمشهد وفرشها وإشعال السراج ونحو ذلک.

جواز الاستئجار للحراسه واشتراط الضمان

(مسأله ۱۵) : یجوز الإجـاره لحفـظ المتـاع أو الـدار أو البسـتان مـدّهً معیّنهً عن السرقه، والإتلاف، واشتراط(۵) الضـمان(۶) لو حصلت

۱- ۱. ممّا علم مجانیّته فی الشرع، إذ المدار علیها، لا علی الوجوب، عینیّاً کان أوکفائیّاً . (السبزواری).

۲- ۲. فیه إشکال . (اللنکرانی).

۳- ۳. مرّ الجواز فی الإعلامیّ منه . (الخمینی). * للصـلاه، لا الإعلامیّ منه إن قلنا بکونه قسمین، کما هو المشهور . (المرعشی).

۴- ۴. وکفی دلیلاً لجواز ما یحکی من استئجار بعض الأئمّه من أهل البیت : أجیراًیعلّم القرآن لأولاده :(الوسائل : الباب (۲۹) مـن أبـواب مـا یکتسب به، ح ۲ ، ۳ ، ۵. ووجـدنا روایـه تعلیم القرآن لأولادالحسـین علیه السـلام فی منـاقب ابن شـهرآشوب : ۳/۲۲۲.) ، منهم مولانا سیّدالشهداء ــ روحی له الفداء ــ بالنسبه إلیابنه علیٍّ الشهید بالطّف . (المرعشی).

۵- ۵. یعنی اشتراط أن یـدفع بـدل التالف من ماله . (النائینی، جمال الـدین الگلپایگانی). * إذا کان متعلّق الاشتراط التـدارک یکون جائزاً، وأمّا إذا کان علی نحو شرطالنتیجه یکون فاسداً . (تقی القمّی).

۶- ۶. جواز شـرط الضـمان ممنوع، نعم، إذا شـرط أداء مقـدار التـالف من مـاله صـحّ .(الکوه کَمَری).. * مثل هـذا الشـرط قد یوجب الغَرر والغَبن الفاحش، مضافاً إلی جهالته فی نفسه،وتعذّر الوفاء به کثیراً وإنّ کلامه قدس سره فی الشروط مختلف : فتارهً یظهر منه أنّ الجهـالهغیر قـادحه، کمـا فی هـذا وکثیرٍ من أمثـاله، واُخری یظهر منه اعتبـار المعلومیّه وعـدمالغرر، کمـا فی المسأله الثـانیه عشره من مسائـل خـاتمه الإجاره وغیرهـا، والحَقّعنـدنا أنّ الجهـاله فی الشـرط إذا اسـتلزمت الغَرر بطل الشـرط، وتختلف باختلافالمقامات . (کاشف الغطاء). * علی النحو الّذی مرّ مراراً، وهو اشتراط أن یدفع بدل التالف من ماله .(الإصـطهباناتی). * علی النحو المذکور فی العین المستأجَره . (البروجردی). * تقدّم أنّ اشتراط کونه ضامناً لا یخلو من إشکال، نعم، لا مانع من اشتراط أنیُعطی بـدل التـالف من مـاله . (البجنوردی). * بالنحو المـذکور سابقاً فی العین المسـتأجَره . (أحمـد الخونساری). * علی النحو المتقـدّم فی العین المسـتأجَره . (عبـدالله الشـیرازی). * علی نحو المـذکور فی العین المسـتأجَره، أو اشتراط دفع بدل التالف من ماله .(المرعشـی). * علی تفصیلٍ مرّ فی اشتراطه فی العین المستأجَره . (الخوئی). * باشتراط التدارک من ماله عند التلف، کما مرّ . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * لو اشترط علیه أن یتـدارکه من ماله لَسَـلِمَ من الإشـکال . (السبزواری). * یعنی اشتراط أن یـدفع عوض التالف من ماله، وبغیر هذه الصوره محلّ إشـکال .(حسن القمّی). * علی النحو المتقدّم فی اشتراطه فی

العين المستأجَره . (اللنكرانى).

السرقه أو الإتلاف ولو من غير تقصير، فلا بأس بما هو المتداول من اشتراط الضمان على الناطور(١) إذا ضاع مال، لكن

١- ١. عدم اشتراط الضـمان؛ لأنّه مخالف للكتاب، إلّا أن يخرج عن عنوان اشتراطالضمان، كاشتراط تدارك التالف من ماله، أو اشتراط أداء مقدارٍ مخصوصٍ من مالهعلى تقدير التلف . (مفتى الشيعه).

لابدّ(۱) من تعیین العمل والمدّه والاُجره علی شرائط الإجاره.

استئجار شخصین للصلاه عن میّت واحد وشخص واحد للحجّ عن میّتین أو نحوه

(مسأله ۱۶) : لا یجوز(۲) استئجار(۳) اثنین(۴) للصلاه عن میّتٍ

ص: ۴۲

۱- ۱. علی الأحوط . (تقی القمّی).

۲- ۲. علی الأحوط، وإن کان الجواز هو الأقوی؛ لعدم وجوب الترتیب فی القضاء عنالغیر، بل وجوبه فی القضاء عن نفسه أیضاً محلّ النظر، کما مرّ . (الإصفهانی). * عدم الجواز علی نحو الإطلاق مبنیّ علی الاحتیاط . (تقی القمّی).

۳- ۳. فی ما یجب فیه الترتیب کالظهرین والعشاءَین؛ لاحتمال أن یصلّیا معاً الظهرینوالعشاءَین، أو یصلّی أحدهما العصر أو العشاء قبل أن یصلّی الآخر الظهر أوالمغرب، وأمّا فی غیر المترتّبتین أداءً فلا یجب الترتیب فی القضاء، فیجوز استئجاراثنین فی وقتٍ واحد، کما تقدّم غیر مرّه . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. الجواز هو الأقوی، إلّا فی ما کان مرتّباً شرعاً کالظهرین والعشاءَین؛ لیوم واحد .(عبدالهادی الشیرازی). * هذا مبنیّ علی وجوب الترتیب فی قضاء الفوائت، وقد تقدّم فی محلّه اختیارعدم الوجوب إلّاً فی المترتّبین . (البجنوردی). * علی الأحوط فی غیر المترتّبتین . (أحمد الخونساری). * الأقوی عدم اشتراط الترتیب فی قضاء الصلوات إلّا فی المترتّبین، کالظهرینوالعشاءَین من وقتٍ واحد . (الفانی). * فی موردٍ کان الترتیب واجباً علی المیّت، وقد مرّ عدم وجوب الترتیب، إلّا فی ماکان فی أدائها شرطاً کالظهرین، وإن کان الأحوط مراعاه الترتیب إذا علم بکیفیهالفوائت . (الخمینی). * علی الأحوط، وإن کان الأقوی الجواز؛ لعدم وجوب الترتیب فی القضاء علی مامرّ من التفصیل . (حسن القمّی). * الأظهر هو الجواز، إلّا فی ما کان مرتّباً شرعاً کالظهرین لیوم واحد . (الروحانی). * هذا الحکم مبنیّ علی اعتبار الترتیب فی قضاء الصلاه، وأمّا لو قلنا بعدم وجوبالترتیب فی القضاء عن نفسه أو عن الغیر ــ کما هو الظاهر ــ فیجوز الاستئجار، نعم،فی ما ثبت الترتیب فیه شرعاً کالظهر والعصر والمغرب والعشاء لیومٍ واحدٍ فیجریفیه الحکم المذکور فی المتن . (مفتی الشیعه).

واحدٍ(۱) فی وقتٍ واحد؛ لمنافاته للترتیب(۲) المعتبر فی القضاء(۳) ، بخلاف

الصوم فإنّه لا یعتبر فیه الترتیب، وکذا لا یجوز استئجار شخص واحد لنیابه

۱- ۱. علی الأحوط . (الحائری). * الظاهر جوازه؛ لِما مرّ من عدم وجوب الترتیب فی القضاء علی تفصیلٍ تقدّم .(الخوئی).

۲- ۲. بنـاءً علی اعتبـاره، وهو أحوط . (الکوه کَمَری). * إنّما یلزم الترتیب عنـد القائلین به إذا کان قـد وجب علی المنوب عنه لعلمه، أمّا معجهله بالترتیب فهو ساقط عنه، فیجوز أن یستنیب عنه شخصَین فی وقتٍ واحـد،وحیث إنّ الترتیب عندنا غیر واجبٍ فلاـ مـانع من استنابه اثنین أو ثلاثه فأکثر .(کاشف الغطاء). * تقـدّم مِنّا فی باب صـلاه القضاء عـدم وجوب الترتیب فی صوره الجهـل، فعلیه لابأس باستئجار اثنین فی وقتٍ واحـدٍ فی تلک الصوره . (الشـریعتمداری). * والأقوی عـدم وجوبه، فلا إشـکال، نعم، الأحوط رعایه الترتیب فی المترتّبتینشـرعاً، کما فی الظهرین والعشاءین لیومٍ واحد، والأحوط الرعایه مطلقاً . (المرعشی). * بناءً علی لزومه، وقـد مرّ عـدم اللزوم إلّا فی الظهرین والعشاءین، خصوصاً معالجهل بالترتیب . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بناءً علی لزومه، وقد مرّ ما هو الأقوی . (اللنکرانی).

۳- ۳. یجوز فی غیر المترتّبتین لیومٍ واحد، وإن کان الأحوط الترک . (السبزواری).

الحجّ الواجب عن اثنين(۱) ، ویجوز ذلک فی الحجّ المندوب، وکذا فی الزیارات، کما یجوز النیابه عن المتعدّد تبرّعاً فی الحجّ(۲) والزیارات، ویجوز الإتیان بها لا بعنوان النیابه، بل بقصد إهداء الثواب لواحدٍ أو متعدّد.

الإجاره للنیابه عن الأحیاء فی العبادات

(مسأله ۱۷) : لا یجوز الإجاره للنیابه عن الحیّ فی الصلاه ولو فی الصلوات(۳) المستحبّه(۴) ، نعم، یجوز ذلک فی الزیارات والحجّ

۱- ۱. فی عام واحدٍ مباشره . (الخمینی).

۲- ۲. المندوب . (الخمینی). * أی المندوب، وکذا فی الزیاره . (اللنکرانی).

۳- ۳. جوازها لا یخلو من وجهٍ قویّ . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. جوازها فیها لا یخلو من وجه قویّ . (النائینی). * جوازها عن الوالدین الحیّین لا یخلو من قوّه، من غیر فرقٍ بین النوافل المبتدأهوغیرها . (صدرالدین الصدر). * جوازها فی الصلوات المستحبّه لا یخلو من قوّه . (عبدالهادی الشیرازی). * الجواز فیها هو الأقوی . (الفانی). * علی الأحوط، والجواز فیها لا یخلو من وجه . (الخمینی). * احتمال الجواز سیّما عن الوالدین الحیّین لا یخلو من قوّه . (المرعشی). * لا یبعد الجواز فیها . (السبزواری). * تقدّم غیر مرّه أنّ الأصل فی المستحبّات عبادیّه کانت أم توصّلیّه صحّه النیابه،وجواز الاستئجار لها حتّی عن الأحیاء، لا ما علم بالخصوص لزوم المباشره فیهامن کلّ شخص، والصلوات المستحبّه کالنوافل الیومیّه ونحوها لم یثبت استثناؤها،لکن مع ذلک الاحتیاط طریق النجاه . (محمّد الشیرازی). * فیه إشکال ونظر . (حسن القمّی). * جواز النیابه فی الصلوات المستحبّه لا یخلو من قوّه . (الروحانی). * الظاهر جواز النیابه فیها . (مفتی الشیعه).

المندوب(۱) ، وإتيان صلاه الزياره ليس بعنوان(۲) النيابه(۳) ، بل من باب(۴) سببيّه الزياره؛ لاستحباب الصلاه بعدها ركعتين(۵) ، ويحتمل(۶) جواز(۷) قصد(۸) النيابه(۹) فيها؛ لأنّها تابعه للزياره،

۱- ۱. بل والواجب فی بعض الموارد . (صدرالدين الصدر).

۲- ۲. بعد ما عرفت من قوّه احتمال الجواز لا وجه لهذا التمحّل، ومخالفهظاهر النصوص الدالّه علی کون صلاه الزياره بعنوان النيابه عن الحیّ .(المرعشی).

۳- ۳. الأقوی جوازها بعنوانها . (الفيروزآبادی). * بل بعنوان النيابه عن المنوب عنه، ولا إشكال فيه . (الكوه كَمَری). * بل بذلک العنوان بلا إشكال فيه . (الروحانی). * عنوان النيابه فيها لا إشكال فيه . (مفتی الشيعه).

۴- ۴. خلاف ظاهر أدلّه النيابه ؛ لأنّها كأصل الزياره من باب النيابه، فما ذكره من تبعيّتهالها هو الأظهر، وأمّا إشكال قصد الأمر المتوجّه إلی المنوب عنه بالنسبه إلی النائبفهو يكون فی نفس العباده المنوب عنها مطلقاً، وهذا الإشكال ممّا لا يُذَبّ عنه فيباب النيابه فی العبادات، وقد صحّحنا المسأله بنحوٍ آخر بحمد الله . (عبداللهالشيرازی).

۵- ۵. بل هو الأقوی . (جمال الدين الگلپايگانی).

۶- ۶. وهو الأقرب . (الخمينی، محمّد رضا الگلپايگانی). * بل هو الأقوی . (النائينی). * ولعلّه الأقرب . (اللنكرانی).

۷- ۷. بل لا يخلو من رجحان، والأحوط الجمع بينهما . (البروجردی).

۸- ۸. وهو الأقوی . (محمّد الشيرازی).

۹- ۹. بل هو الأرجح . (البجنوردی). * كما هو المستفاد من النصوص، فعلی هذا يقصد النيابه فيها . (مفتی الشيعه).

والأحوط(۱) إتيانها بقصد ما فی الواقع(۲) .

العمل للغير تبرّعاً

(مسأله ۱۸) : إذا عمل للغير لا بأمره ولا إذنه لا يستحقّ عليه العِوض، وإن كان بتخيّل أنّه مأجور عليه فبان خلافه.

حكم المأمور بعمل لو عمله بقصد التبرّع أو بدونه

(مسأله ۱۹) : إذا أمر بإتيـان عملٍ فعَمِلَ المأمور ذلك: فإن كان بقصـد التبرّع لا يسـتحقّ عليه اُجره(۳) وإن كان من قصـد الآمر إعطاء

۱- ۱. لا إشكال فی حسن الاحتياط، ولكنّ الظاهر أنّ صلاه الزياره كصلاه الطوافتكون عن المنوب عليه (كذا فی أصل النسخه، والظاهر أنّ الصحيح (المنوب عنه)). (تقی القمّی).

۲- ۲. لا يمكن قصـد ما فی الواقع؛ لأنّ قصـد النيابه يحتاج إلی تنزيل النفس منزلهالمنوب عنه، وقصد إتيان العمل لشـخصه لابدّ من القصد لنفسه، ولا جامع بينهما .(عبدالله الشيرازی).

۳- ۳. علی الأحوط استحقّ الاُجره . (أحمد الخونساری). * القصد الواقعی لا أثر له فی هذا الباب، بل المدار علی وجهه العمل وظاهره،فان كان ظاهر العمل التبرّع إمّا لأجل كون العمل لا اُجره له عادهً، أو كون العاملمترفّعاً عن أخـذ الاُجره أو غير ذلك من القرائن فلا اُجره له . وإن قصد الاُجره باطناًولو كان العمل ممّا له اُجره وكان ظاهراً فی إراده الاُجره فهو يسـتحقّ الاُجره وإنقصـد التبرّع باطناً . كما أنّ الآمر لو قصد إتيانه تبرّعاً وكان أمره ظاهراً فی ذلكفلا يسـتحقّ الاُجره ولو كان من قصده ذلك . وبالجمله : لاـ اعتبار للقصـد الباطنیإذا خالف ظاهر العمل، ومن هنا يعلم عـدم صـحّه تعليل الماتن ؛ فی تقـديمهقول العامل لو تنازعا بقوله « لأصاله عدم قصد التبرّع » ؛ فإنّ القصد المجرّد ممّالا أثر له، كما قدّمناه . (الشـريعتمداری). * مع جهل المأمور بقصده، وأمّا مع اطّلاعه عليه ولو بقيام قرينه فالظاهر عدم الاستحقاق . (الخمينی). * بناءً علی كفايه مجرّد قصد التبرّع من دون مبرزٍ خارجیّ من قولٍ أو فعلٍ أو قرينهعرفيّه، وظاهره عدم الاكتفاء به فی نظائر المقام، وسـيأتی منه فی المسأله (۲۵) مايظهر منه أنّ نظائر المقام من بـاب العمل بالضـمان، فراجع . (السبزواری). * إذا كانت إجاره وكان متعلّقها العمل الخارجی فقصـد التبرّع لا يُسـقِط الاُجره .(محمّد الشيرازی).

الاُجره(۱) ، وإن قصـد الاُجره وكان ذلك العمل ممّا له اُجره اسـتحقّ وإن كان من قصد الآمر إتيانه تبرّعاً(۲) ، سواء كان العامل ممّن شأنه أخذ الاُجره ومُعِدّاً نفسه لذلك، أم لا، بل وكذلك إن لم يقصد(۳)

۱- ۱. وكان العمل ممّا له اُجره . (اللنكرانى).

۲- ۲. بشـرط أن يكون من مجرّد القصـد القلبى، ولا يكون فى البين قرينه عليه . (النائينى،جمال الدين الگلپايگانى). * فيما إذا لم يكن مظهر لقصـده فى البين، ولا يكون أماره على قصـد تبرّعه، وإلّا فلايسـتحقّ الاُجره . (البجنوردى). * بشـرط عدم وجود قرينهٍ دالّهٍ على اسـتدعاء التـبرّع ولو كـانت هى الانصـراف عنهـا .(المرعشـى). * هـذا إذا لم تكن قرينه موجبه لظهور الأـمر فى المجّانيّه . (الخوئى). * إلّا أن يكون هناك انصراف أو قرينه على استدعاء التبرّع . (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كان قصد الأمر التبرّع، ولم يكن قرينه ولا ظاهر حالٍ على عدم التبرّع ففياسـتحقاق الاُجره إشـكال . (حسن القمّى). * إلّا أن يكون هناك قرينه على قصد التبرّع من المأمور، أو على قصد الآمر التبرّع؛فإنّه لا يستحقّ الاُجره فى شىءٍ من الصورتَين . (اللنكرانى).

۳- ۳. يمكن أن يقال : إنّ العمل بدون قصد الاُجره هتك له من العامل فلا يستحقّالاُجره . (الكوه كَمَرى).

التبرّع(۱) ، ولا أخـذ الاُجره؛ فإنّ عمل المسـلم محترم. ولو تنازعا بعد ذلک فی أنّه قصد التبرّع أو لا قُدِّم قول العامل(۲) ؛ لأصاله عدم قصد(۳) التبرّع(۴) بعد کون عمل المسلم محترماً، بل اقتضاء(۵) احترام(۶) عمل المسلم(۷) ذلک وإن

ص: ۴۸

۱- ۱. لأن قصـد التبرّع مُهدِر لمالیّه عمل العامل، فإذا اسـتوفاه الآمر بأمره من دون قصدالتبرّع من العامل اسـتحقّ الاُجره . واحترام عمل المسلم محقّق للموضوع لقاعدتَیالتلف والإتلاف . (الفانی).

۲- ۲. بناءً علی ثبوت الضمان فی صوره عدم قصد التبرّع . (الکوه کَمَری).

۳- ۳. إن سلمت من المعارضه بأصاله عدم قصد العوض، ومن شبهه الإثبات .(المرعشی).

۴- ۴. لولا شبهه الإثبات ومعارضته بأصاله عدم قصد الآمر العوض . (السبزواری).

۵- ۵. هذا تشبّث بقاعده المقتضـی والمانع، کما أنّ سابقه تشبّث بالاستصحاب .(الإصفهانی). * فیه منع . (الخمینی). * لو لم یکن المورد من باب التمسّک بالعام فی الشبهه المصداقیّه وغیره منالمحاذیر . (المرعشی).

۶- ۶. فی جریان الأصلَین إشکال . (أحمد الخونساری).

۷- ۷. الاحترام وحـده لا یکفی فی المقام؛ لقیام احتمال التبرّع المُسـقِط للاحترام، فلابـدّلنفی هـذا الاحتمال من التمسّک بأصاله عدم التبرّع . (کاشف الغطاء). * هذا من التمسّک بعموم العامّ فی الشـبهه المصداقیّه، وهو غیر جائز، فبناءً علیجریان أصاله عدم قصـد التبرّع لا وجه لاسـتحقاقه الاُجره . (البجنوردی). * مشـکل، إلّا علی جواز التمسّک بالعامّ فی الشـبهه المصـداقیّه، أو علی تمامیّه قاعدهالمقتضـی والمانع، وکلاهما ممنوعان . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * بناءً علی کونها من الاُصول العقلائیّه، کما لا یبعـد، وإلّا فیکون من التمسّـک بالعـامّفی الشـبهه المصـداقیّه . (السبزواری). * مع الإغمـاض عن أصـاله عـدم التبرّع لاـ مجال للتمسّـک بهـذه القاعـده؛ إذ الخارجعنهـا مـا لو قصـد العامـل التبرّع، ومع الشـکّ فیه یکون التمسّـک بها تمسّـکاً بالعامّ فیالشـبهه المصـداقیّه، وهو لاـ یجوز، فیتعیّن الرجوع إلی أصـاله البراءه . (الروحـانی). * هـذا مبنیّ علی جواز التمسّـک بالعـامّ فی الشـبهه المصداقیّه، ولو قلنا بعدم الجوازفعدم الضـمان لا یُثبِت أصاله البراءه . اللهمّ] إلّا [(ما بین المعقوفتین أضفناه لیستقیم السیاق .) أن یُتمسّک بقاعده المقتضی والمانعفهو محلّ إشکالٍ أیضاً . (مفتی الشیعه).

أغمضنا(۱) عن جريان أصاله عـدم التبرّع(۲) ، ولا فرق فی ذلک بین أن یکون العامل ممّن شأنه وشـغله أخـذ الاُجره وغیره، إلّا أن یکون هناک انصراف أو قرینه علی کونه بقصد التبرّع أو علی اشتراطه.

الضابط فی موضوع الإجاره من الأعیان والأعمال

(مسأله ۲۰) : کلّ ما یمکن الانتفاع به(۳) منفعه محلّله مقصوده

۱- ۱. یحتمل تشبّثه فی الحکم بقاعده المقتضـی والمانع، ولکنّ القاعده غیر ثابته . (حسنالقمّی). * مع الإغماض عن الأصل لا وجه للحکم بالضـمان؛ فإنّ الشـبهه مصـداقیّه ولایجوز الأخـذ بالـدلیل فیها . (تقی القمّی). * بعـد الإغماض لا مجال للتمسّـک بالعموم مع فرض کون الشبهه مصداقیّه، بلالمرجع هو أصاله البراءه عن الاشتغال بالاُجره . (اللنکرانی).

۲- ۲. لا وجه للضمان مع هذا الإغماض لأصاله البراءه عنه، والشبهه مصداقیّه لایتمسّک فیها بالعموم . (الخوئی). * وإن اُغمض عن جریان الأصل لم یبقَ وجه للضمان . (مفتی الشیعه).

۳- ۳. بل یکفی کونه محصّـِلاً لغرضه المشروع وإن لم ینتفع به، کتعلیم الأطفال الیتامی،وکنس باب صدیقه . (عبدالله الشیرازی).

للعقلاء(۱) مع بقاء عینه یجوز إجارته، وکذا کلّ عملٍ محلّل مقصود للعقلاء عدا ما استُثنِیَ(۲) یجوز الإجاره علیه ولو کان تعلّق القصد(۳) والغرض(۴) به نـادراً(۵) ، لکن فی صـوره تحقّـق ذلک(۶) النادر(۷) ، بـل الأمر فی باب المعاوضات الواقعه علی الأعیان أیضاً کذلک، فمثل حبّه الحنطه لا یجوز

ص: ۵۰

۱- ۱. لا دلیل علی اشتراط صحّه العقد _ إجاره کان أو بیعاً _ علی الغرض العقلائی، بلالمیزان صدق عنوان الإجاره أو البیع . (تقی القمّی).

۲- ۲. من الواجبات . (الفیروزآبادی). * علی ما مرّ من الواجبات . (مفتی الشیعه).

۳- ۳. بشرط أن یکون مقصوداً للعقلاء بحسب النوع بحیث یکون ذا مالیّه ویبذل بإزائهاالمال لهذا الغرض النوعی، فیجوز إجارته وبیعه . (مفتی الشیعه).

۴- ۴. المعیار تعلّق الغرض النوعی للعقلاء بحیث یبـذل المـال عنـدهم فی هـذاالحال بـإزائه، وتتوجّه إلیه رغبـاتهم، لا ـ الغرض الشخصیّ القائم بشخصٍله رغبه تامّه . (المرعشی).

۵- ۵. فیه تأمّل، وکـذلک فی المعاوضه الواقعه علی الأعیان، نعم، لو صار العمل أو العینبسبب تبدّل الأحوال من الأموال لا بأس بأن یبـذل بإزائهما المال بالإجاره والبیعونحو ذلک . (الإصـفهانی). * فی هذا التعمیم تأمّل وإشـکال . (الإصـطهباناتی). * فیه تأمّل . (أحمد الخونساری).

۶- ۶. بشرط أن تکون هذه الصوره مقصودهً للعقلاء نوعاً، لا لشخصٍ خاصٍّ .(الکوه کَمَری).

۷- ۷. بحیث یصـیر فی هـذا الحال مرغوباً فیه لدی العقلاء، کما هو المفروض . (الخمینی). * بحیث یبذل المال بإزائه عرفاً ولو فی صوره الندره . (السبزواری). * ولو شأناً . (محمّد الشیرازی).

بیعها، لکن إذا حصل مورد یکون متعلّقاً لغرض العقلاء(۱) ویبذلون(۲) المال(۳) فی قبالها یجوز بیعها.

الإجاره علی الأعمال المستحبّه لا بعنوان النیابه

(مسأله ۲۱) : فی الاستئجار للحجّ المستحبّیّ أو الزیاره لا یشترط أن یکون الإتیان بها بقصد النیابه(۴) ، بل یجوز أن یستأجره(۵) لإتیانها بقصد إهداء(۶) الثواب إلی المستأجِر أو إلی میّته، ویجوز أن(۷) یکون(۸) لا بعنوان النیابه(۹) ، ولا إهداء الثواب، بل یکون المقصود

۱- ۱. الظاهر أنّه یکفی فی صحّه البیع تعلّق الغرض الشخصیّ به . (الخوئی).

۲- ۲. لمکان عدّها من مصادیق المال . (المرعشی).

۳- ۳. بشرط أن یحسب عندهم من الأموال ولو بلحاظ الحاجه إلیه فی ذلک الحال،وکذلک الحکم فی الأعمال . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. فیه وفی ما یلیه تأمّل، بل منع . (صدرالدین الصدر).

۵- ۵. مشکل؛ لأنّ الثواب علی العمل المأتیّ به لنفسه وصحّه الإجاره فی المستحبّالمأتیّ به لنفسه محلّ تأمّل، نعم، لا بأس بإعطاء شیءٍ لیصیر داعیاً لإهداء الثوابعد العمل . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- ۶. فیه إشکال، والأحوط بل الأقوی الاقتصار فی الجواز علی قصد النیابه .(المرعشی).

۷- ۷. فیه إشکال . (أحمد الخونساری).

۸- ۸. فیه إشکال، بل منع، نعم، لا مانع من بذل المال لمن یحجّ أو یزور لنفسه ومعونته،وهذا لیس من الإجاره فی شیء . (الإصفهانی). * فیه نظر واضح . (الکوه کَمَری). * محلّ إشکال . (الإصطهباناتی، البروجردی). * إذا کان له غرض عقلائی فی تحقّق ذلک العمل الراجح . (الخمینی).

۹- ۹. فی هذه الصوره لا یصدق علیه الإجاره؛ لأنّ الإجاره فی باب الأجیر لابدّ وأنتکون علی عملٍ یرجع نفعه إلی المستأجِر، لا إلی غیره، سواء کان هو نفس الأجیرأو غیره . (البجنوردی). * هذا أیضاً مشکل، إلّا أن یقصد بذلک إعطاء المال لإیجاد الداعی له لأصل العملمخیّراً فی قصد النیابه والأصاله؛ فإنّه لا إشکال فیه، لکنّه لیس من الإجاره فیشیء . (محمّد رضا الگلپایگانی).

إيجادها(۱) فی الخارج من حیث إنّها من الأعمال الراجحه(۲) ، فیأتی بها لنفسه أو لمن یرید نیابهً أو إهداءً.

تحمّل ما یتوقّف علیه العمل من الأعیان

(مسأله ۲۲) : فی کون مـا یتوقّف علیه استیفـاء المنفعه کالمِـداد للکتابه والإبره والخیط للخیاطه مثلاً علی الموجِر، أو المسـتأجر؟ قولان، والأقوی وجوب(۳) التعیین، إلّا إذا کان هناک عاده ینصرف إلیها الإطلاق، وإن کان القول بکونه مع عدم التعیین وعدم العاده علی المستأجِر(۴) لا یخلو من(۵)

ص: ۵۲

۱- ۱. فی صحّته نظر . (مهدی الشیرازی).

۲- ۲. والتسبیب إلی إیجادهـا فی الخـارج بالإجاره من أسـنی الأغراض العقلائیّه .(الفانی). * فیکون من التسبیب لإیجاد العمل الراجـح فی الخارج، ولا إشـکال فیه .(السبزواری). * وإن لم یکن له غرض عقلائی آخر سوی نفس تحقّق هـذا العمل الراجح منحیث کونه کذلک، المتوقّف علی بذل الاُجره، کما هو المفروض . (اللنکرانی).

۳- ۳. بـل الأقوی عـدم وجوبه، فیکون علی المسـتأجِر، إلّا مع شـرط خلافه، أو قرینهعلیه من عرفٍ أو عاده . (الکوه کَمَری). * الوجوب مبنیّ علی اشتراط العلم بالعِوضَین . (تقی القمّی).

۴- ۴. الأحوط التصالح . (المرعشی).

۵- ۵. وهو الأقوی . (جمال الدین الگلپایگانی).

وجهٍ(۱) أيضاً(۲) ؛ لأنّ اللازم على الموجِر ليس(۳) إلّا العمل(۴) .

الجمع بين الإجاره والبيع فی عقد واحد

(مسأله ۲۳) : يجوز الجمع(۵) . . . .

ص: ۵۳

۱- ۱. وهو الأقوى . (النائينی). * لا وجه له، بل الأقوى كونه على الموجِر . (الحائری). * والأوجه كونه على الموجِر . (الإصفهانی). * بل هو الأقوى . (الشريعتمداری). * بل هو الأقوى؛ لعدم الملازمه بين عهده العمل، ووقوع مقدّمات إيجاده فی عهدهالمؤجِر إذا احتاجت إلى ما ذكر فی المتن وشبهه . (الفانی). * ضعيف، والأقوى كونه على الموجر . (الخمينی). * فی ما جرت به العاده عليه، ومع عدم القرينه تكون على الأجير . (السبزواری).

۲- ۲. والأظهر التفصيل بين ما يبقى للمستأجِر بعد العمل كالخيط، وما لا يبقى لهكالإبره، وإنّما هو من مُعدَّات العمل، فما كان من قبيل الأوّل فعلى المستأجِر، وماكان من قبيل الثانی فعلى الموجِر . (الخوئی). * وهو أوجه . (محمّد الشيرازی). * وهو الأظهر، سيّما فی ما يبقى للمستأجر بعد العمل كالخيط . (الروحانی). * الأوجه التفصيل بين ما هو من قبيل المُعدّ للعمل فعلى المؤجِر، وبين ما هو ليسكذلك بل ممّا يبقى للمستأجِر بعد العمل فعلى المستأجِر، إلّا أن يكون هنا اشتراط أوقرينه من عرفٍ أو عادهٍ على خلاف ذلك . (مفتی الشيعه).

۳- ۳. بل اللازم عليه تسليم متعلّق الإجاره، وتجب مقدّمه الواجب عقلاً . (تقی القمّی).

۴- ۴. وكذلك يكون عليه كلّ ما هو من قبيل مُعدّات العمل وآلات وأدوات شغله،كالمعول لحافر البئر . (البجنوردی). * إذا كان مورد الإجاره نفس العمل والفعل بالمعنى المصدریّ، وأمّا إذا كان هوومعنى الاسم المصدری فالظاهر أنّه على المؤجر . (عبدالله الشيرازی).

۵- ۵. حيث لم يتوجّه محذور، وحيث يعيّن الثمن والاُجره وغيرهما ممّا يتوقّف عليهصحّه العقدَين . (المرعشی).

بين الإجاره(۱) والبيع مثلاً بعقدٍ واحد(۲) ، كأن يقول: بِعتُکَ داری، وآجرتُکَ حِماری بكـذا، وحينئذٍ يوزّع العِوض(۳) عليهما بالنسبه(۴) ، ويلحق كلّاً منهما حكمه، فلو قال: «آجرتک هـذه الدار، وبعتک هذا الدينار بعشـره دنانير» فلابدّ من قبض العِوضَـين بالنسـبه إلى البيع فى المجلس، وإذا كان(۵) فى مقابل الـدينار بعـد ملاحظه النسـبه أزيد من دينار أو أقلّ منه بطل بالنسـبه إليه، للزوم الربا(۶) ، ولو قال: «آجرتک هذه الدار وصالحتک هذه الدينار بعشره دنانير»

ص: ۵۴

۱- ۱. إن تمّ الإجمـاع على الصـحّه، وإلّـا ففيه إشـكال . (أحمـد الخونسـارى). * مع تعيين الاُجره والثمن ولو بالمقاوله، وإيقاع العقد مبتيّاً عليه . (عبدالهاديالشيرازى).

۲- ۲. مع تعيين العوض فى كلٍّ منهما . (الفيروزآبادى). * مع اجتماع شـرائط العقـدَين وعِوضـهما . (السبزوارى). * مع تعيين الاُجره والثمن ولو بالمقاوله، وإيقاع العقد مبتيّاً عليها، وأمّا بدون ذلكفالجواز محلّ تأمّلٍ وإشكال . (الروحانى).

۳- ۳. فيه إشكال . (الفيروزآبادى).

۴- ۴. المتعيّنه بين المتعاملَين بالمقاوله أو القرينه . (الفانى).

۵- ۵. تصوّر ذلک فى المثال المفروض مشكل، إلّا فى بعض الموارد . (اللنكرانى).

۶- ۶. قيل : يشـكل ذلک بأنّ الضـميمه مانعه من تحقّق الربا نصّاً وفتوى . أقول : مسأله الضـميمه لا تشمل ما نحن فيه، فإنّها فيما كـان العقـد واحـداً وكـانمورده ربويّـاً مع الضـميمه، وهنـا عقـدان : بيع وإجاره بثمنٍ واحـد، ولعقـد البيعأحكامه، ولعقـد الإجاره أحكامها، فليس فى عقـد البيع الواقع على الـدينارمثلاً ضـميمه، ومجرّد جعل ثمن الإجاره والبيع واحداً لا يجعل مورد البيع ممّاله ضميمه، كمـا لاـ يخفى . (الشـريعتمدارى). * إن لم يكن المقام من الضـميمه المانعه من الربا . (السبزوارى). * فيه تأمّل؛ لأنّه يحتمل أنّه يكون من قبيل بيع الربوىّ بضميمه . (محمّد الشيرازى).

مثلاً: فإن قلنا(۱) بجريان(۲) حکم الصرف من وجوب القبض فی المجلس وحکم(۳) الربا(۴) فی الصلح(۵) فالحال کالبیع، وإلّا فیصحّ بالنسبه إلی المصالحه أیضاً.

الاستئجار للإنفاذ فی جمیع حوائج المستأجر

(مسأله ۲۴) : یجوز استئجار مَن یقوم بکلّ ما یأمره(۶) من

ص: ۵۵

۱- ۱. والظاهر هو الفرق بین الصرف والربا، وجریان الثانی فی الصلح دون الأوّل .(اللنکرانی).

۲- ۲. الظاهر أنّه لا یجری فیه حکم الصرف، ویجری فیه الربا . (الخوئی).

۳- ۳. لا یجوز فیه الربا، ولا یجری فیه حکم الصرف علی الأقوی . (جمال الدینالگلپایگانی).

۴- ۴. الأظهر جریان حکم الربا دون الصرف . (المرعشی).

۵- ۵. لا یجوز فیه الربا، ولا یجری فیه حکم الصرف علی الأقوی . (النائینی). * جریان حکم الربا وعدم جریان حکم الصرف فیه لا ـ یخلو من القوّه .(الإصطهباناتی). * الظاهر جریان حکم الربا فیه دون الصرف، فلا ـ یحتاج إلی القبض فی المجلس .(البجنوردی). * لا یجری فی الصلح حکم الصرف، ویجری فیه حکم الربا علی الأقوی .(الشریعتمداری). * الأحوط بل الأقوی جریانهما فیه . (الفانی). * یجری فیه حکم الربا، دون حکم الصرف . (محمّد رضا الگلپایگانی). * یعمّه دلیل الربوی، ولا یشمله دلیل الصرف علی الاقوی . (السبزواری). * الظاهر عدم جریان حکم الصرف، فلا یحتاج إلی القبض فی المجلس، کما أنّالظاهر جریان حکم الربا فیه . (مفتی الشیعه).

۶- ۶. بشرط العلم بها والقدره علیها؛ لأنّ الحوائج تختلف من حیث الاُجره ومن حیثقدره الأجیر اختلافاً فاحشاً . (الفانی). * إذا کان له متعارف، ومعه لا ـ یکون له جمیع المنافع، نعم، تصحّ الإجاره بنحوٍیکون له جمیع المنافع، لکنّه غیر مفروض المسأله . (محمّد رضا الگلپایگانی).

حوائجه(۱) فیکون له جمیع(۲) منافعه(۳) ، والأقوی أنّ نفقته علی نفسه، لا علی المستأجِر، إلّا مع الشرط(۴) ، أو الانصراف من جهه العاده، وعلی الأوّل لابدّ(۵) من تعیینها(۶) کمّاً

ص: ۵۶

۱- ۱. إذا کان سنخها معلوماً . (البروجردی، أحمد الخونساری، عبدالله الشیرازی). * إذا کان له متعارف، ولا یکون له جمیع المنافع حینئذٍ، کما لا یخفی . (الحائری). * إذا کان بهذا العنوان لابدّ من رفع الغَرر بوجه، ومع ذلک لا یکون جمیعالمنافع له، إلّا أن یراد بذلک استئجاره بجمیع منافعه، فحینئذٍ یکون جمیع المنافعله ویدفع به الغَرر . (الخمینی). * المقدوره للأجیر، اللائقه بحاله، المعلومه له سنخها . (المرعشی). * مع معلومیّتها فی الجمله ولو بالقرائن . (السبزواری). * بحسب المعتاد المقدور واللائق بحاله . (مفتی الشیعه).

۲- ۲. حیث لا یکون لحوائجه متعارف، وأمّا إذا کان فیشکل کون جمیعها له فی صورهعدم الاشتراط . (المرعشی).

۳- ۳. لا ملازمه له مع مفروض المقام، وإن صحّ الاستئجار بالنسبه إلی جمیع المنافعأیضاً . (السبزواری).

۴- ۴. الشرط لا یؤثّر فی الحکم الوضعی، فإذا شرط أن تکون النفقه علیه یکون باطلاً؛إذ دلیل الشرط لا یکون مشرّعاً، نعم، اشتراط الفعل بأن یشترط علیه الإنفاق یصحّالشرط، ویجب الإنفاق علی المشروط علیه، لکن لا تکون ذمّته مشغوله . (تقیالقمّی).

۵- ۵. اللابدّیّه مبنیّه علی الاحتیاط . (تقی القمّی).

۶- ۶. علی الأحوط . (الروحانی).

وكيفاً(۱) ، إلّا أن يكون متعارفاً، وعلی الثانی علی ما هو المعتاد المتعارف، ولو

أنفق من نفسه أو أنفقه متبرّع يستحقّ(۲) مطالبه(۳) عِوضها(۴) علی الأوّل(۵) ، بل وكذا علی الثانی(۶) ؛ لأنّ الانصراف بمنزله الشرط(۷) .

استعمال الأجير مع عدم تعيين الاُجره

(مسأله ۲۵) : يجوز أن يستعمل الأجير مع عدم تعيين الاُجره، وعدم

ص: ۵۷

۱- ۱. علی الأحوط . (حسن القمّی).

۲- ۲. قد مرّ الكلام حول الشرط، وتقدّم بيان الإشكال فيه . (تقی القمّی).

۳- ۳. إذا كان الشرط علی هذا الوجه، وكذا علی الثانی لو كان الانصراف والعاده عليه،لكنّه خلاف المعهود، فالأظهر عدم الاستحقاق . (مهدی الشيرازی).

۴- ۴. إن كان الشرط هو الإنفاق وبذل المنفِق واستنكف المنفَق عليه حتّی يمضی زمانهفيسقط بلا استحقاق العوض . (محمّد رضا الگلپايگانی). * إن لم تكن قرينه معتبره علی الخلاف فی المقام . (السبزواری). * فيه تأمّل . (حسن القمّی). * إذا كان الشرط من قبيل شرط النتيجه الموجب لمالكيّته للنفقه علی المستأجِر،وإلّا فلا يستحقّ ذلك . (الروحانی). * الظاهر عدم الاستحقاق؛ لأنّ تخلّف الشرط لا يوجبه، خصوصاً إذا كانالمشروط عبارهً عن نفس الفعل، كالإنفاق فی المقام فإنّه ليس له عوض حينئذٍ .(اللنكرانی).

۵- ۵. أی حيث يشترط النفقه علی المستأجِر . (المرعشی). * الظاهر أنّه لا يستحقّها؛ إذ المفروض أنّ النفقه اُخذت علی وجه الشرطيّه دونالجزئيّه . (الخوئی).

۶- ۶. إذا لم يكن المتعارف صرف النفقه فی مورد الحاجه إليها، لا فيما إذا كان ضيفاًعلی الغير ونحوه، فالمتَّبع هو المتعارف . (الفانی).

۷- ۷. موارد الانصراف مختلفه . (الكوه كَمَری).

إجراء صيغه الإجاره. فيرجع إلى أُجره المِثل، لكنّه مكروه(۱) ، ولا يكون حينئذٍ من الإجاره المعاطاتيّه، كما قد يتخيّل؛ لأنّه يعتبر في المعامله المعاطاتيّه اشتمالها على جميع شرائط تلك المعامله عدا الصيغه، والمفروض عدم تعيين الاُجره في المقام، بل عدم قصد(۲) الإنشاء(۳) منهما(۴) ، ولا فعل من المستأجِر، بل يكون من باب العمل بالضمان، نظير الإباحه بالضمان، كما إذا أذِن في أكل طعامه بضمان العوض، ونظير التمليك بالضمان كما في القرض على الأقوى(۵) من عدم كونه معاوضه، فهذه الاُمور عناوين مستقلّه غير المعاوضه، والدليل عليها السيره، بل الأخبار(۶) أيضاً، وأمّا الكراهه

فللأخبار(۷) أيضاً.

۱- ۱. لا أنّ المقاطعه مستحبّه، ولا ملازمه، كما مرّ غير مرّهٍ منّا في الحواشي السابقه .(المرعشي). * دليل الكراهه غير ظاهر . (تقي القمّي).

۲- ۲. لا يخلو من النظر . (اللنكراني).

۳- ۳. في نفي قصد الإنشاء نظر . (المرعشي). * تبانيهما على ذلك قصد الإنشاء منهما . (السبزواري).

۴- ۴. لا يبعد دعوى تحقيق الإنشاء منهما؛ لكونهما قاصدَين للأجر . (مفتي الشيعه).

۵- ۵. بل يحتمل أيضاً كونه معاوضه . (محمّد الشيرازي).

۶- ۶. دلاله الأخبار (الوسائل : الباب (۲۹) من أبواب كتاب الإجاره ، أحاديث الباب .) بالنسبه إلى المقام وبالنسبه إلى الكراهه محلّ الإشكال . (تقي القمّي).

۷- ۷. أقول : في بعض الكتب نقل خبر سليمان الجعفري عن الرضا عليه السلام هكذا : « لاتستعملنّ أجيراً حتّى تقاطعه ...»(الوسائل : الباب (۳) من أبواب كتاب الإجاره، ح ۱.) الخبر . (المرعشي).

صور انقضاء مدّه الإجاره قبل إدراک الزرع

(مسأله ۲۶) : لو استأجر أرضاً مدّةً معيّنةً فغرس فيها أو زرع ما لا يدرک في تلک المدّه(۱) فبعد انقضائها للمالک أن يأمره بقلعها(۲) ، بل وكذا لو استأجر(۳) لخصوص الغرس(۴) أو لخصوص الزرع وليس له الإبقاء ولو مع الاُجره، ولا مطالبه الأرش مع القلع؛ لأنّ التقصير من قبله، نعم، لو استأجرها مدّةً يبلغ الزرع فاتّفق التأخير لتغيّر الهواء أو غيره أمكن(۵) أن يقال(۶) بوجوب

۱- ۱. مع علمه بذلک يشكل صحّه الإجاره، إلّا إذا كان في البَين غرض صحيح لمجرّدذلک أيضاً . (السبزواری).

۲ - ۲. الأقوى العدم إذا لم تكن الإجاره منصرفةً إلى غير ذلک النوع من الزرع أو الغرس،وكذا في الصوره الثانيه، فيكون للمستأجِر حينئذٍ أحد الأمرين . (الحائری).

۳- ۳. استئجار (في نسخه الأصل : (لو استأجر استئجار) ، والظاهر أنّ زياده عباره (لو استأجر) وردت سهواًمن النسّاخ؛ لأنّها لا تنسجم مع آخر الجمله .) الأرض لغرس ما لا يُدرَک في تلک المدّه باطل . (عبدالهادی الشيرازی). * في صحّه الإجاره حينئذٍ إشكال . (المرعشی).

۴- ۴. إجاره الأرض لغرس ما لا يُدرَک في مدّه الإجاره باطله . (الفانی). * صحّه الاستئجار في هذه الصوره محلّ تأمّل لو كانت المدّه غير صالحهٍ للغرسوالزرع مطلقاً، لا لخصوص المغروس والمزروع . (اللنكرانی).

۵- ۵. الظاهر أنّه لا وجه لهذا القول . (تقی القمّی).

۶- ۶. لكنّه غير وجيه، فلا يجب عليه الصبر على الأقوى . (الخمينی). * والأقوى عدم الوجوب . (محمّد رضا الگلپايگانی). * فيه تأمّل . (حسن القمّی). * وهو ضعيف . (الروحانی). * بوجوب الصبر . (مفتی الشيعه).

الصبر(١) على المالك مع الاُجره(٢) ؛ للزوم الضرر(٣) ، إلّا أن يكون موجباً لتضرّر المالك(٤) .

* * *

ص: ٦٠

١- ١. الظاهر عدم الوجوب . (اللنكرانى).

٢- ٢. ولكنّه بعيد . (الخوئى).

٣- ٣. فى جريان قاعده الضرر لنفى الأحكام الإرفاقيّه، الموجب لخلاف الامتنان فيحقّ الغير من مثل سلطنه المالك على ملكه نظر جدّاً، بل منع . (آقا ضياء). * بناءً على جريان قاعده الضرر لا يبعد الأخذ بأقلّ الضَرَرين . (أحمد الخونسارى). * إثبات وجوب الصبر على المالك بلا ضرر لا يخلو من إشكال لإقدامه عليه، إلّاأن ينكر ذلك فى المقام بعدم احتماله عدم الإدراك . (البجنوردى). * الحكم بوجوب الصبر عليه _ أى على المالك _ إقدامه بالضرر مشكل .(مفتى الشيعه).

٤ - ۴. فيلاحظ الأقوى من الضَرَرين، أو التراضى مع تساوى الأمر مع صاحب الأرضلقاعده السلطنه . (الفيروزآبادى). * فيتعارض الضَرَران، فلا مرجّح، والمورد ليس من موارد التخيير؛ فحينئذٍ تسقطقاعده الضرر، وترجع إلى قاعده السلطنه . (المرعشى). * فيرجع إلى عموم « الناس مسلّطون »(الخلاف للطوسى : ٣/١٧۶ ، تذكره الفقهاء للعلّامه الحلّى : ١٠/٢۴٧ ط ج، عوالى اللالى :١/۴۵٧ ، وأخرجه عنه المجلسى فى البحار : ٢/٢٧٢.) ونحوه بعد تساقط الضَرَرينللتعارض، ولا يُرجّح أقوى الضَرَرين، ولا الرجوع إلى الصلح والتراضيمع تساوى الأمرين . (مفتى الشيعه).

فصل: فی التنازع

التنازع فی أصل الإجاره

(مسأله ۱) : إذا تنازعا فی أصل الإجاره قُدِّم(۱) قول مُنكِرِها(۲) مع اليمين(۳) ، فإن كان هو المالك استحقّ أُجره المثل دون ما يقوله المدّعی، ولو زاد عنها(۴) لم يستحقّ(۵) تلك الزياده(۶) ، وإن وجب علی

ص: ۶۱

---

۱ – ۱. إذا كـان مصبّ الـدعوی والإنكـار مجرّد عنوان الإجـاره، وأمّـا إذا كـان الإنكـار مقرونـاًببعض الـدعاوی كالغصب ونحوه فتقديم قول المنكِر حينئذٍ محلّ إشكال . (اللنكرانی).

۲ – ۲. إطلاقه لا يخلو من إشكـال، وكـذا فی إطلاق توجّه اليمين إلی المنكِر . (الخمينی). * لا المالك مطلقاً، ولا الرجوع إلی القرعه . (المرعشی).

۳ – ۳. هـذا فيمـا إذا ادّعی المالك الإجاره بأكثر من أُجره المثل، أو ادّعی المتصـرِّفالإجاره بأقلّ منها، وأمّا إذا انعكس الأمر فهو من تعارض الإقرارَين، ولا مقتضـی فيهلتوجّه اليمين علی المالك أو المتصـرّف . (الخوئی). * ثبوت اليمين يـدور مـدار أثرٍ فی البَين، كزيـاده أُجره المِثل علی المسـمّی فيما إذاكان المالك منكِراً، والعكس فيما إذا كان المتصـرِّف منكِراً، وفی غير الفرضَـين لاوجه لليمين إلّا مع وجـود أثرٍ آخر فی البَين . (السـبزواری). * اليمين إنّمـا هو فی غير صوره الزيـاده، وأمّـا فيهـا سواء كـان المالك منكِراً أم كانالمتصـرِّف كـذلك فلا يمين، إلّا إذا كان أثر آخر علی المـدّعی؛ إذ دعوی الإجارهحينئـذٍ من الدعاوی غير الملزِمه، فلا يتوجّه بها اليمين علی منكِرها . (الروحانی).

۴– ۴. لايمين مع الزياده، سواء كان المنكِر مالكاً أم متصرِّفاً إذا لم يترتّب أثر آخر عليالمدّعی . (عبدالهادی الشيرازی).

۵– ۵. ولا يتوجّه عليه اليمين حينئذٍ أيضاً . (اللنكرانی).

۶– ۶. نعم، ولكنّ دعوی الإجاره حينئـذٍ من الدعاوی الغير الملزمه، فلا يتوجّه بها اليمينعلی منكِرها، وكذا إذا كان المالك مدّعياً للإجاره وكانت أُجره المثل أزيـد ممّايـدّعيه . (البروجردی). * نعم، ولكنّ دعوی الإجاره حينئـذٍ من الـدعاوی غير الملزمه، فلا يتوجّه بها اليمينعلی منكِرها، وكـذا إذا كان المالك مـدّعياً للإجاره وكانت أُجره المثل أزيد ممّايدّعيه، كما أنّ عدم الاسـتحقاق فی الصورتَين والإيصال عند عدم إتيان المدّعيبالبيّنه . (عبدالله الشيرازی). * ولا فائده فی الدعوی حينئذٍ، فلا يتوجّه اليمين علی المنكِر . (الشـريعتمداری). * لو اسـتوفی المتصـرِّف منفعه العين مُقرّاً بأنّها مضـمونه عليه بعقد الإجاره بأُجرهعشـرين ديناراً مثلاً وأنكر المالك الإجاره : فإذا كانت أُجره مثل المنفعه عشره دنانيرفی المثال لم تكن دعوی المستأجر الإجارهَ موجبهً لإثبات عهدهٍ علی المالكـالمنكِر لهـا؛ إذ المفروض أنّ المالـك لا يطلب من المسـتأجِر أُجرهً زائـدهً عمّا يقرّ هوبه، بل أقلّ منه، فلا تحتاج هـذه الـدعوی إلی فصل، وحينئذٍ فعلی المسـتوفی للمنفعهأداء ما يقرّ به علی نفسه، وعلی المنكِر لاسـتحقاق الزائد بحسب ظاهر إنكاره عدمأخـذه، نعم، الواقع علی مـا هو عليه، ومن هـذا البيان ظهر أنّ عكس المسأله المـذكورهفی المتن أيضاً لا يحتاج إلی الفصل،

فلا يمينَ فى المقام . (الفانى). * ولم تُسـمَع دعواها؛ لعـدم الفائـده فيها . (محمّـد رضا الگلپايگانى). * يعنى ليس له مطالبتها؛ لاعترافه بعدم استحقاقه لها، كما يأتى منه فى نظيره .(السبزوارى).

المدّعى(۱) المتصرِّف إيصالها(۲) إليه(۳) ، وإن كان المُنكِر هو المتصرّف فكذلك

ص: ۶۲

۱- ۱. لو كـان بينه وبين ربّه صادقاً فی ما أقرّ به، لا لمكان أفراده . (جمال الـدين الگلپايگانی). * إذا كان يرى نفسه صادقاً فی ما بينه وبين ربّه . (الروحانی).

۲- ۲. هذا إذا كان فی دعواه صادقاً وكان عالماً بصدقه، وكذلك الأمر فيما إذا كان المنكِرهو المتصرِّف . (البجنوردی).

۳- ۳. لو كـان بينه وبين ربّه صادقـاً فی مـا أقرّ به، لاـ لمكـان إقراره . (النـائينی). * إن علم بكونه مـديوناً بالنسـبه إليه واقعـاً . (السبزواری). * إن كان معتقداً بما يدّعيه . (حسن القمّی).

لم یستحقّ المالک إلّا أُجره المثل، ولکن لو زادت عمّا یدّعیه من المسمّی لم یستحقّ الزیاده(۱) ؛ لاعترافه بعدم استحقاقها، ویجب علی المتصرِّف(۲) إیصالها إلیه، هذا إذا کان النزاع بعد استیفاء المنفعه، وإن کان قبله رجع کلّ مالٍ(۳) إلی صاحبه(۴) .

النزاع فی نحو استیفاء المنفعه

(مسأله ۲) : لو اتّفقا علی أنّه أذِن للمتصرِّف فی استیفاء المنفعه، ولکنّالمالک یدّعی أنّه علی وجه الإجاره بکذا أو الإذن بالضمان، والمتصرّف یدّعی أنّه علی وجه العاریه ففی تقدیم أیِّهما وجهان(۵) ،

---

۱ - ۱. الکلام فیه کما فی سابقه . (الشریعتمداری). * ولم تُسمَع دعواها، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * ولا یتوجّه علی المتصرِّف الیمین أیضاً، کما مرّ . (اللنکرانی).

۲- ۲. إذا علم بصحّه دعواه، لا لمجرّد إقراره . (الخوئی).

۳- ۳. مع تمامیه موازین القضاء . (عبدالله الشیرازی).

۴ - ۴. مع احتیاج فصل الخصومه إلی الیمین عند عدم البیّنه . (آقا ضیاء). * هذا بعد تمامیّه میزان القضاء وحلف المنکِر . (البجنوردی).

۵ - ۵. المقام من باب التداعی؛ لأنّ کلّ واحدٍ من المالک والمتصرِّف یدّعیان أمراً ثبوتیّاًعلی الآخر مخالفاً للأصل ، فالمالک یدّعی الإجاره المخالفه للأصل، وهی دعویملزِمه لأُجره المسمّاه علی المتصرِّف، فعلی المنکِر الیمین، والمتصرِّف یدّعیالعاریه المخالفه للأصل أیضاً، وهی دعوی ملزِمه لملک الانتفاع له من قبل المالک،ومن المعلوم أنّ الأصل الموضوعیّ مقدَّم علی الأصل الحکمیّ، وهو البراءه فیطرف المتصرِّف، وأصاله احترام المال فی طرف المالک؛ وعلی هذا فلابدّ منالتحالف، ثمّ الرجوع إلی أُجره المِثل بقاعده الإتلاف الّتی هی المرجع الأوّل فیباب استیفاء مال الغیر، نعم، لو کانت أزید من المسمّاه الّتی یدّعیها المالک لیسالزائد علی المتصرِّف . (الفانی). * الأقوی هو التحالف فی مصبّ الدعویَین، وبعده تثبت أُجره المثل؛ تقدیماً للأصلالحاکم علی أصل البراءه . (الخمینی). * الأظهر کون المقام من مصادیق التداعی، فاللازم التحالف، لا تقدیم قول المالکمطلقاً، ولا قول المدّعی للعاریه مع الیمین، کما ذهب إلی کلٍّ منهما شرذمه . (المرعشی).

بل قولان(۱) : من أصاله البراءه(۲) بعد فرض كون التصرّف جائزاً(۳) ، ومن أصاله احترام مال المسلم(۴) الّذى لا يحلّ إلّا بالإباحه. والأصل عدمها، فتثبت(۵) . . . .

۱- ۱. نعم، ولكنّ الوجه الثانى هو التداعى، لا تقديم قول المالك مطلقاً؛ فإنّ المالكيدّعى الإجاره بالمسمّى، والمتصرِّف يُنكِرها، وهو يدّعى على المالك موضوعاً إنثبت كان رافعاً لضمان ما استوفاه من ماله بأُجره المثل، والمالك يُنكِرها، فاللازم هوالتحالف، كما اعترف به فى بيان منشئه . (البروجردى).

۲- ۲. لا وجه للرجوع إلى إزاله البراءه؛ فإنّ قاعده اليد بضميمه استصحاب عدم العاريهتثبت الضمان (هذه التعليقه أوردناها من نسخهٍ اُخرى منه قدس سره .). (الخوئى).

۳ – ۳. فليس للعاريه أثر حتّى ينتفى بالأصل لِيَنجَرَّ إلى التحالف، فيقدَّم قول المتصرِّفويُحكَم ببراءه ذمّته . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. وعليها فالعاريه رافعه للضمان، والأصل عدمها، والإجاره توجب الاُجرهالمسمّاه، والأصل عدمها، فيُحكم بأُجره المثل بعد التحالف إن لم تكن زائدةً عمّايدّعيه المالك . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- ۵. إذا لم تكن زائدةً عمّا يدّعيه المالك، وفى هذه الصوره يمكن أن يقال بعدم الافتقارإلى التحالف، بل يكفى حلف المالك لكونه مُنكِراً والطرف مدّعياً . (اللنكرانى).

أُجره المثل(۱) بعد التحالف(۲) ، ولا يبعد(۳) ترجيح(۴) الثانی(۵) ، وجواز

ص: ۶۵

---

۱ – ۱. فی صوره عدم زیادتها علی المسمّاه الّتی یدّعیها المالک . (المرعشی). * إن کان ما یدّعیه المالک أقلّ منها لیس له أخذ الزیاده؛ لاعترافه بعدم استحقاقها .(السبزواری). * بل أقلّ الأمرین من المثل والمسمّی . (محمّد الشیرازی).

۲ – ۲. إن لم تکن أزید ممّا یدّعیه المالک من الاُجره المسمّاه . (البروجردی). * هذا فیما إذا ادّعی المالک اُجرةً زائدةً علی اُجره المثل، أو مباینه لها وإلّا فلا وجهله، لأنّ المتصرّف حینئذٍ مدّع والمالک منکر فیتوجّه الحلف إلیه فإذا حلف استحقّعلیه اُجره المثل، إلّا إذا کان ما یدّعیه أقلّ منها فلا یستحقّ علیه المقدار الزائد (هذه التعلیقه أوردناها من نسخهٍ اُخری منه قدس سره).(الخوئی). * إن کان مورداً للتحالف . (حسن القمّی).

۳ – ۳. أصل البراءه محکوم بأصاله عدم إباحه المالک، فیکون مدّعی المجّانیّه مدّعیاً (کذا فی نسخه الأصل).(صدرالدین الصدر). * بل هو الأقرب . (المرعشی).

۴– ۴. غیر معلوم . (عبدالله الشیرازی).

۵ – ۵. بل الظاهر ترجیح الأوّل . (الإصفهانی). * بل لا یبعد ترجیح الأوّل . (الکوه کَمَری). * الأقوی هو الثانی؛ لأصاله الضمان فی الأموال . (جمال الدین الگلپایگانی). * بل هو بالمعنی الّذی ذکرناه فی غایه القوّه؛ فإنّ أصاله براءته ممّا یدّعیه المالکعلیه من المسمّی لا تستلزم براءته من العوض مطلقاً، وهو قد استند فی براءته منالعوض إلی الإعاده، والأصل عدمها . (البروجردی).. * بل الأوّل لا یخلو من قوّه . (عبدالهادی الشیرازی). * بل هو الظاهر؛ لأنّه بعد حلف کلّ واحدٍ منهما علی عدم ما یدّعیه الآخر فالمنفعهالمستوفاه تبقی مضمونةً علیه، فللمالک مطالبته اُجره المثل إن لم یکن أزید ممّایدّعیه من المسمّی، وإلّا فبمقداره . (البجنوردی). * والأظهر هو ترجیح الأوّل؛ وذلک لعدم الموجب للضمان إلّا أحد أمرین : الأوّل : الاستیلاء علی مال الغیر بدون إذنه . الثانی : الالتزام بالضمان العقدی، والأوّل فیالمقام مفروض الانتفاء، والثانی لم یثبت . (الخوئی). * وهو الأقوی، لکن لا لما ذکر، بل لأنّ إتلاف المنافع لم یکن مأذوناً فیه، والأصلبقاؤها کما کان، والمنافع مسبوقه بملکیّه المالک، والأصل بقاوها کما کانت، فقاعدهالإتلاف تقتضی الضمان، واحتمال التخصّص أو التخصیص ینتفی بالأصلالموضوعی . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل هو الأقوی . (السبزواری). * فیه نظر وإشکال . (حسن القمّی). * وهو المتعیّن . (تقی القمّی). * والأوّل أظهر، بل لا وجه للثانی بعد اتّفاقهما علی عدم ثبوت ضمان المثل أوالقیمه، کما لا یخفی . (الروحانی).

التصرّف أعمّ من الإباحه.

التنازع فی قدر المستأجر علیه

(مسأله ۳) : إذا تنازعا فی قدر المستأجِر قُدِّم قول(۱) مدّعی الأقلّ.

النزاع فی ردّ العین المستأجره

(مسأله ۴) : إذا تنازعا فی ردّ العین المستأجَره قُدِّم قول المالک(۲) .

۱- ۱. ولا مَسرَح للتحالف کما خُیِّل . (المرعشی).

۲- ۲. وإن لم یقدَّم قوله فی التعدّی والتفریط . (الفیروزآبادی). * بل قول منکِر الردّ، سواء کان هو المالک أم غیره . (المرعشی). * یشکل ذلک فیما لم یثبت التأخیر فی الأداء علی وجهٍ یوجب خروجه عن کونهأمیناً؛ فإنّ عدم قبول دعوی الردّ اتّهام للمؤتَمن، وقد ورد : « لا تَتَّهِم مَن ائتمنته »(الوسائل : الباب (۴) من أبواب کتاب الودیعه، ح ۹.) ،والصلح أحوط . (الروحانی).

ادّعاء العامل تلف العين وإنكار المالک

(مسأله ۵) : إذا ادّعى الصـائغ أو الملّاح أو المُكارى تلف المتاع من غير تعـدٍّ ولا تفريط، وأنكر المالك التلف، أو ادّعى التفريط أو التعدّى قُدِّم(۱)

قولهم(۲) مع اليمين(۳) على الأقوى(۴) .

ص: ۶۷

۱- ۱. تقديم قولهم مشروط بعدم كونهم مورد الاتّهام، وإلّا يلزم عليهم إقامه البيّنهلإثبات قولهم . (تقى القمّى).

۲- ۲. وإن أقاموا البيّنه حكم لهم بها، وكـذا المالك، ولا يبقى معها موضع لليمين .(الحائرى). * مع سـبق يـدهم بعدم التفريط، وإلّا فمع احتمال مقارنته لحدوثها فالأقوى تقديمقول المالك، كما لا يخفى . (آقا ضياء). * فيه نظر . (مهدى الشيرازى، حسن القمّى). * ولا ـ يطـالبون بإقـامه البيّنه كمـا عُزِىَ إلى المفيـد والمرتضـى (المقنعه للمفيـد : ۶۴۳ ، الانتصـار للمرتضـى : ۴۹۲.).(المرعشى).

۳- ۳. مع عدم البيّنه . (عبدالله الشيرازى). * هذا فيما إذا لم يكونوا متَّهِمين، وإلّا فالقول قول المالك، وهم مطالبون بالإثباتشرعاً . (الخوئى).

۴- ۴. وإن كـان الصـلح أحـوط . (الكوه كَمَرى). * وإن كـان الأـحوط التصالـح . (محمّـد رضـا الگلپايگـانى). * والأـحوط التصالح . (اللنكرانى).

كراهه تضمين الأجير فى مورد ضمانه

(مسأله ۶) : يُكرَه(۱) تضمين(۲) الأجير(۳) فى مورد ضمانه من قيام البيّنه على إتلافه، أو تفريطه فى الحفظ، أو تعدّيه أو نُكُوله عن اليمين، أو نحو ذلك.

النزاع فى مقدار الأجره

(مسأله ۷) : إذا تنازعا فى مقدار الاُجره قُدِّم قول المستأجِر(۴) .

النزاع فى تعيّن العين أو الأجره

(مسأله ۸) : إذا تنازعا فى أنّه آجَره بغلاً أو حماراً، أو آجَرَه هذا الحمار مثلاً أو ذاک فالمرجع التحالف(۵) ،

۱- ۱. ثبوت الكراهه بهذا الإطلاق محلّ تأمّل، نعم، يستحبّ التفضّل عليه . (الخمينى). * الظاهر أنّه لا دليل على الكراهه، لكن يمكن أن يقال إنّ ترک التضمين مستحبّمن باب أنّه نحو إحسان . (تقى القمّى).

۲- ۲. لم يظهر مستند الحكم بالكراهه . (الخوئى).

۳- ۳. لم تثبت كراهه التضمين فى هذا المورد، والمراد من النصوص غير ذلک، والتفصيلموكول إلى محلٍّ آخر . (الروحانى).

۴- ۴. الأنسب التعبير بمنكِر الزياده دون المستأجِر، ولكنّه عبّر به نظراً إلى الغَلَبه، ثمّالقول بالتحالف وجعل المورد من مصاديق باب التداعى ضعيف فى الغايه .(المرعشى). * بل يتحالفان . (محمّد الشيرازى).

۵- ۵. الأقوى تقديم قول الموجِر مع يمينه على نفى ما يدّعيه المستأجِر فى الأوّل،وتقديم قول المستأجِر مع يمينه على نفى ما يدّعيه الموجِر فى الثانى . (الإصفهانى). * مع عدم البيّنه من الطرفين، كما هو ظاهر . (آقا ضياء). * مع عدم البيّنه . (الإصطهباناتى). * لأنّ دعوى الموجِر إجاره الحِمار وإن كانت إقراراً على نفسه لكنّها باعتبارتضمّنها لاستحقاق المسمّى بتسليم الحِمار يكون مدّعياً على المستأجِر شيئاً هويُنكِره، وكذا دعوى المستأجِر فى طرف الاُجره . (البروجردى). * إن لم يكن لأحدهما بيّنه، وإلّا لا تصل النوبه إلى التحالف، ويحتمل قويّاً تقديمقول المؤجِر، فمع يمينه تسقط الدعوى . (البجنوردى). * فى صوره وقوع التنازع قبل التصرّف، وأمّا بعده وانقضاء المدّه المتسالَم عليهافاللازم حيث حلف المالک دفع اُجره المثل عن منفعه العين الّتى يدّعيها إليه، وأمّامنفعه العين الاُخرى الّتى يدّعى خصمه كونها مورداً للإجاره فقد فاتت بمساهلته،فعليه عوضها المسلَّم لدى المتنازعَين . (المرعشى). * والأقوى تقديم قول الموجر مع الحلف فى الأوّل، وتقديم قول المستأجِر معالحلف فى الثانى . (محمّد رضا الگلپايگانى). * على الأحوط . (السبزوارى). * يمكن القول بتقديم قول المؤجِر مع اليمين على نفى ما يدّعيه المستأجِر وتسليمما أقرّ به فى الأوّل، وتقديم قول المستأجر مع اليمين على نفى ما يدّعيه المؤجروتسليم ما أقرّ به فى الثانى . (حسن القمّى).

وكذا(۱) لو(۲) اختلفا فی الاُجره أنّها عشره دراهم(۳) أو دینار.

الاختلاف فی الاشتراط وعدمه

(مسأله ۹) : إذا اختلفا فی أنّه شرط أحدهما علی الآخر شرطاً أو لا فالقول قول مُنکِره(۴) .

الاختلاف فی مدّه الإجاره

(مسأله ۱۰) : إذا اختلفا فی المدّه أنّها شهر أو شهران مثلاً فالقول قول مُنکِر الأزید(۵) .

۱- ۱. مع عدم الاختلاف فی المالیّه، وإلّا فلا یبعد تقدیم قول المستأجِر؛ لرجوعالاختلاف حینئذٍ عرفاً إلی الاختلاف فی القلّه والکثره . (اللنکرانی).

۲- ۲. إن لم یرجع النزاع إلی الأقلّ والأکثر . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. لا یبعد تقدیم قول المستأجِر فی خصوص المثال فی بعض الأحیان، نعم، لواختلفا فی الاُجره أنّها من الحنطه أو الشعیر فالمرجع التحالف . (الخمینی).

۴- ۴. ولا مساغ لجعل المورد من مصادیق باب التداعی والرجوع إلی التحالف، إلّا علیتمحّلٍ بعید . (المرعشی).

۵- ۵. واحتمال تقدیم قول المالک بیمینه مطلقاً ضعیف فی الغایه . (المرعشی).

الاختلاف فی صحّه وفساد العقد

(مسأله ۱۱) : إذا اختلفا فی الصحّه والفساد قُدِّم(۱) قول مَن یدّعی الصحّه.

النزاع فی تعیین المقصد

(مسأله ۱۲) : إذا حمل المُوجِر متاعه إلی بلدٍ فقال المستأجر :

«استأجرتک علی أن تحمله إلی البلد الفلانیّ غیر ذلک البلد» وتنازعا(۲) قُدِّم(۳) قول المستأجِر(۴) ، . . . .

ص: ۷۰

۱- ۱. التقدیم یختصّ بمورد اجتماع أرکان العقد، وأمّا إذا کان الاختلاف فی اجتماعهاوعدمه یکون القول قول المنکِر؛ إذ فی هذه الصوره لا مجری لأصاله الصحّه . (تقیالقمّی).

۲- ۲. أی قال الأجیر : « بل استأجرتنی لحمله إلی هذا البلد الّذی حملته إلیه » ، کما یظهرمن تفریعاته . (البروجردی). * التنازع فی المقام لا- یرجع إلی التداعی؛ وذلک لأنّه بعد إیصال المؤجِر المتاع إلیبلدٍ یکون هو المدّعی للإجاره علی هذا الإیصال الموجبه للأُجره، والمفروض أنّالمستأجِر یُنکِر ذلک، فهو المنکِر؛ ولذا یقدَّم قوله بیمینه . وأمّا دعوی المستأجِرالإجاره لحمل المتاع إلی بلدٍ آخر فلا یکون لها جهه إلزام علی المؤجِر بالفعل؛ لأنّالمفروض أنّه لم یوصله إلیه، فدعوی المستأجِر غیر مسموعه، نعم، لو أراد إلزامالمؤجِر بحمل المتاع إلی البلد المقصود له فعلاً کان المقام من باب التداعیفیتحالفان . (الفانی). * إن کان التنازع فی أنّ الأجیر یدّعی الاستئجار لهذا البلد، والمستأجِر یدّعی لبلدٍآخر _ کما هو الظاهر _ فالمرجع التحالف . (الخمینی). * بأن قال الأجیر : استأجرتنی لأحمله إلی ما حملته إلیه . (محمد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. الظاهر هو التحالف؛ وعلیه فکما لا یستحقّ المؤجِر أُجره حمله فکذلک لایستحقّ المستأجِر الحمل إلی البلد الّذی یدّعیه . (اللنکرانی).

۴- ۴. فیه تأمّل . (الفیروزآبادی). * مع یمینه . (الإصفهانی، الإصطهباناتی). * إذا ادّعی المؤجِر أنّ الإجاره وقعت علی حمل المتاع إلی البلد الفلانی، وادّعیالمستأجِر أنّها وقعت إلی غیر ذلک البلد، فالظاهر أنّ المرجع هو التحالف، وإن ادّعیالمؤجِر أنّها وقعت علی الحمل إلی البلد الّذی حمله وأنکره المستأجِر فالقول قولهمع الیمین، ویرجع فی الفرض الأوّل إلی أُجره المثل، وفی الثانی لا أُجره له إلّا معالإثبات . (صدرالدین الصدر). * بل هو من باب التداعی، فاللازم التحالف علی قواعده، وأیّ فرقٍ بین هذا وبینالتنازع فی أنّه آجره هذا الحمار أو ذاک أو حماراً أو بغلاً الّتی حکم فیها بالتحالففی المسأله السابعه . (کاشف الغطاء). * بل یتحالفان؛ فإنّ المالک مضافاً إلی نفیه استحقاق الأجیر أُجره حمله إلی هذاالبلد یدّعی علیه استحقاق حمله إلی البلد الفلانی، وهو یُنکِره . (البروجردی). * بل یتحالفان . (مهدی الشیرازی، الشریعتمداری). * بل یتحالفان إذا کان الحمل إلی البلد الآخر أیضاً محطّ دعوی المستأجر، لا أنّهینفی دعوی المؤجر فقط . (عبدالله الشیرازی). * بیمینه، ولثبوت الخیار للمستأجِر احتمال، کما أنّ للتحالف وجهاً قویّاً . (المرعشی). * هذا إنّما یتمّ علی مسلکه قدس سره من انفساخ الإجاره بتفویت الموجِر محلّها، وأمّاعلی ما بنینا علیه من ثبوت الخیار للمستأجِر، فإن لم یفسخ وطالب بأُجره المثلوکانت زائده علی الأُجره المسمّاه أو

مبـائنه لهـا لزم التحالف، وبـذلك يظهر الحال فيالمسأله الآتيه . (الخوئى). * قـدِّم قوله مع يمينه؛ لنفى ما يـدّعى عليه الأجير من الاُجره دون ما يـدّعى عليه مناسـتحقاق حمله إلى مكانٍ آخر، فإنّه يقـدَّم فيه قول الأجير مع يمينه . (محمّد رضاالگلپايگانى). * مع يمينه على نفى ما ادّعاه المؤجِر، وإن كان النزاع فى مطالبه كلٍّ منهما الآخربما يـدّعيه فعلاً فالظاهر كونه من باب التحالف . (السبزوارى). * هـذا إذا انقضت مـدّه الإجـاره وفسـخها المسـتأجِر بمقتضـى خياره . (حسن القمّى). * بل لابـدّ من التحالف . (الروحانى). * هذا على القول باسـتلزام تفويت المؤجِر محلّ الإجاره بطلانها، وأمّا إذا قلنا بعدمالانفساخ وثبوت الخيار للمسـتأجِر فإن لم يفسخ وطالب باُجره المثل وكانت زائدهعلى الاُجره المسمّاه أو مباينه لها فحينئذٍ من باب التداعى، فيتحالفان فتبطلالإجاره . (مفتى الشيعه).

فلا يستحقّ الموجِر(۱) اُجره حمله(۲) ، وإن طلب منه الردّ إلى المكان الأوّل(۳) وجب عليه(۴) ، وليس له ردّه إليه إذا لم يَرضَ، ويضمن له إن تلف أو عاب؛ لعدم كونه أميناً حينئذٍ فی ظاهر(۵) الشرع.

(مسأله ۱۳) : إذا خاط ثوبه قَباءً وادّعی المستأجِر أنّه أمره بأن يخيطه(۶) قميصاً فالأقوی . . . .

ص: ۷۲

۱- ۱. هذا فيما لم يكن النزاع فی الأقلّ والأكثر . (الفيروزآبادی).

۲- ۲. أی إذا حلف المستأجِر علی نفی ما ادّعاه . (البروجردی).

۳- ۳. فيه إشكال، نعم، يمكن تضمينه اُجره الردّ . (الفيروزآبادی). * فيه تأمّل، فلا يبعد أن يضمن اُجره الردّ . (مفتی الشيعه).

۴- ۴. فيه تأمّل؛ فإنّ الواجب هو الردّ إلی المالک، وأمّا إلی المكان الأوّل فلا دليل عليه .(محمّد رضا الگلپايگانی).

۵- ۵. بل فی واقعه . (تقی القمّی).

۶- ۶. هذا الفرع مذكور فی كتب الخاصّه والعامّه هكذا : إذا خاط ثوبه قباءً فقال المالک :« أمرتک بأن تخيطه قميصاً » ، وقال الخيّاط : « بل أمرتنی بخياطته قباءً » وعليه يكونالأقوی تقديم قول المالک؛ لأنّ دعوی المالک علی الخيّاط غير ملزمه، فتبقی دعویالخيّاط علی المالک إذنه فيما فعله، والقول فيها قول المالک، وأمّا علی ما قرّرهالماتن فالمرجع فيه هو التحالف، كما مرّ فی المسأله السابقه . (البروجردی).

تقديم(۱) قول المستأجِر(۲) ؛ لأصاله عدم الإذن(۳) فى خياطته قَباءً، وعلى هذا فيضمن له عِوض النقص الحاصل من ذلک، ولايجوز له نقصه إذا كان الخيط للمستأجِر، وإن كان له، كان له ويضمن النقص الحاصل من ذلک، ولا يجب عليه قبول عِوضه لو طلبه المستأجِر، كما ليس عليه قبول عوض الثوب لو طلبه الموجِر.

هذا، ولو تنازعا فى هذه المسأله والمسأله المتقدّمه قبل(۴) الحمل(۵)

---

۱ – ۱. بل يكون مورد التحالف إذا ادّعى المالک خياطه القميص، لا ـ مجرّد نفى خياطهالقباء، كالمسأله السابقه . (عبدالله الشيرازى).

۲ – ۲. فيه تأمّل . (الفيروزآبادى). * ولاحتمال التحالف وجه وجيه . (المرعشى). * صور النزاع فى هذه المسأله مختلفه، ولا يبعد التحالف فى مفروض المتن . (محمّدالشيرازى). * مع فسخه الإجاره بمقتضى خياره، أمّا إذا لم يفسخها وطلب من المؤجِر أُجرهالمثل وكانت زائده على المسمّى أو مباينهً لها لزم التحالف . (حسن القمّى). * على ما قرّر الماتن هذا الفرع من جعل فرض المسأله من باب الإجاره الأظهرهو التحالف، وأمّا على ما هو ظاهر الأصحاب من فرض المسأله من باب استيفاءالعمل بعوض فيتمّ ما أفاده . (الروحانى).

۳ – ۳. بل لأصاله عدم الأمر المعاملىّ بخياطته قباءً، ودعوى المستأجِر أمره بخياطتهقميصاً إنّما هى فى الحقيقه إنكار للأمر المعاملىّ بالخياطه قباءً، فليس المقام منباب التداعى، ويُقدَّم قول المستأجِر بيمينه كما فى المتن . (الفانى).

۴ – ۴. بل وبعد ذلک كما عرفت . (صدرالدين الصدر).

۵ – ۵. قد مرّ أنّ الحكم فى المسأله المتقدّمه التحالف حتّى بعد الحمل، والفرق بينالمسألتين واضح، نعم، لو طلب المستأجِر خياطه الثوب قميصاً بعد ما خاطه قباءًفالمسألتان من وادٍ واحد . (محمّد رضا الگلپايگانى).

وقبل الخياطه فالمرجع التحالف(۱) .

موارد اليمين فی باب التداعی

(مسأله ۷۴) : کلّ مَن یُقدَّم قولُه فی الموارد المذکوره علیه الیمین للاخر(۲) .

---

۱ – ۱. بل یقدّم قول الموجِر فی المسألتین مع یمینه علی نفی ما یدّعی المستأجِراستحقاقه . (الإصفهانی). * فی مقام فصل الخصومه مع عدم البیّنه أیضاً للطرفَین . (آقا ضیاء). * التحالف بالنسبه إلی المسأله السابقه صحیح قبل الحمل وبعده، وأمّا فی هذهالمسأله قبل الخیاطه والتفصیل فالدعوی من الطرفَین غیر مسموعه؛ فإنّ مجرّدالأمر لا یوجب شیئاً، إلّا أن یکون المراد فی أصل المسأله اختلافهما فی الاستئجارعلی خیاطه القباء والقمیص، فحینئذٍ یکون المرجع التحالف مطلقاً، کما فی المسألهالسابقه . (الخمینی). * إذا کان مورد کلّ من الدعویَین هو مطالبه الحقّ الثابت فعلاًـ بالدعوی، وإلّافالظاهر تقدیم قول المؤجِر فی المسألتین، مع حلفه علی نفی ما یدّعیه المستأجِر .(السبزواری). * یمکن القول بتقدیم قول المؤجِر فی المسألتین مع یمینه علی ما نفی ما یدّعیهالمستأجِر . (حسن القمّی). * قد مرّ أنّ الحکم فی المسأله السابقه هو التحالف بعد الحمل أیضاً، وأمّا هذهالمسأله ففیها الفرق بین الصورتَین إذا کان النزاع قبل الخیاطه فی خصوصیّهالاستئجار، وأمّا إذا لم یکن هناک إجاره واستئجار بل کان النزاع فی ما أمرهالمستأجِر فالدعوی من الطرفین غیر مسموعه، وإن کان هذا الفرض خارجاً عمّا هوظاهر العباره . (اللنکرانی).

۲ – ۲. علی نفی قول الآخر . (الإصفهانی، الإصطهباناتی، حسن القمّی). * أی علی نفی قول الآخر . (المرعشی، مفتی الشیعه).

خاتمه فیها مسائل :

الأُولی: خراج الأرض علی المالک لا المستأجر

الاُولی : خراج الأرض المستأجَره فی الأراضی الخَراجیّه علی مالکها(۱) ، ولو شرط کونه علی المستأجر(۲) صحّ(۳) علی الأقوی(۴) ، ولا یضرّ(۵) کونه مجهولاً(۶) من حیث القِلّه والکَثره؛ لاغتفار(۷) مثل هذه الجَهاله

ص: ۷۵

۱- ۱. أی علی مالک منافعها الّتی هو المؤجِر إیّاها فی الفرض . (المرعشی).

۲- ۲. أی کون أدائه علیه، لا کون تعلّقه به . (مهدی الشیرازی).

۳- ۳. أی کون أدائه علیه، لا کون تعلّقه به . (حسن القمّی).

۴- ۴. إذا کان علی نحو شرط الفعل . (تقی القمّی).

۵- ۵. فیه تأمّل . (الخمینی).

۶- ۶. الظاهر عدم الفرق بینه وبین سائر الشروط، وإطلاق الأخبار محلّ تأمّل .(الحائری). * فیه تأمّل . (الإصطهباناتی). * محلّ إشکال . (البروجردی). * العلم بعدم استیعاب الخراج لجمیع منافع الأرض خارجاً کافٍ فی رفع الغَرر عرفاً، وإطلاق الأخبار منزَّل علی ذلک . (الفانی). * إذا کان التفاوت غیر معتنیً به عند العامّه، وإلّا فلا فرق بین هذا الشرط وسائرالشرائط، وإطلاق الأخبار منصرف إلی المعلوم عند الطرفین، کما هو الغالب . (محمّدرضا الگلپایگانی). * فیه تأمّل، بل الظاهر عدم الفرق بینه وبین سائر الشرائط، ودعوی الإطلاقممنوعه . (اللنکرانی).

۷- ۷. فیه تأمّل . (صدرالدین الصدر).

عرفاً، ولإطلاق(۱) بعض (الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب کتاب المزارعه، ح۱، ۲، ۳.) الأخبار(۲) .

الثانیه: أخذ الأُجره علی قراءه التعزیه

الثانیه : لا بأس بأخذ الأُجره علی قراءه تعزیه سیّد الشهداء وسائر الأئمّه صلوات الله علیهم، ولکن لو أخذها علی مقدّماتها(۳) من المشی إلی المکان الّذی یقرأ فیه کان أولی(۴) .

الثالثه: استئجار الصبی الممیّز

الثالثه : یجوز استئجار الصبیّ الممیّز(۵) من ولیّه الإجباری(۶) أو غیره کالحاکم الشرعیّ لقراءه القرآن والتعزیه والزیارات، بل الظاهر(۷) جوازه(۸)

ص: ۷۶

۱- ۱. فیه تأمّل . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. بل ظهوره . (الروحانی).

۳- ۳. أی الموصله . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. هـذه الأولویّه مضافاً إلی أنّها ظنّیه قابله للمنع؛ إذ مقدّمات قراءه التعزیه لیست ممّایبـذل بإزائها المال غالباً فی العرف . (الفـانی). * إن کـان المراد من العباره إیقاع العقـد علی المقـدّمه بعـد اشتراط ذِیها فلا یجب علیهاالقراءه، وإن کان المراد إیقاعه علیها مع اشتراط ذِیها فما الفارق؟ (تقی القمّی).

۵- ۵. لا دلیل علی مشروعیّه نیابه الصبیّ فی العبادات مطلقاً، والأصل عـدم الجواز،وشـرعیّه عباداته لا تسـتلزم ذلک، والتفصـیل موکول إلی محلّه . (الروحانی).

۶- ۶. الخاصّ کالأب والجدّ والوصیّ، والعامّ کالحاکم، وکلاهماإجباریّان . (الفیروزآبادی).

۷- ۷. فیه تأمّل . (صدرالدین الصدر).

۸- ۸. محلّ تأمّل وإشکال . (الاصطهباناتی). * بل الأظهر عدم جوازه حتّی بناءً علی المختار من الشرعیّه . (مهدی الشیرازی). * لا یخلو من إشکال وإن قلنا بشرعیّه عباداته؛ للشکّ فی مشروعیّه نیابته، وادّعاء انصراف عمومات النیابه عنه . (البجنوردی). * لا یخلو من إشـکال . (الإصـفهانی، أحمد الخونساری، حسن القمّی). * فیه إشکال . (الخمینی، اللنکرانی). * مشکل وإن قلنا بشـرعیّه عباداته . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * الاحتیاط فی الترک، وقـد تقـدّم منه قـدس سره الإشـکال فیه فی المسأله (۱۱) فصل صلاهالاستئجار . (السبزواری). * تقدّم فی کتاب الصلاه (راجع العروه الوثقی والتعلیقات علیها : الجزء السابع : ص ۵۰۶ ، هامش رقم (۴).) الإشـکال فیه . (محمّـد الشـیرازی). * محـلّ تأمّل وإشـکال، وإن کان الجواز لا یخلو من رجحان؛ لعموم ما یدلّ علیمشروعیّه نیابه الصبیّ . (مفتی الشیعه).

لنيابه(۱) الصلاه(۲) عن الأموات(۳) ؛ بناءً على الأقوى(۴) من شرعيّه

۱- ۱. لا يخلو من إشكال . (البروجردى).

۲- ۲. فيه نظر، بل منع؛ لعدم اقتضاء شرعيّه أعمالهم صلاحها للوفاء بالمصلحه الملزمه،اللهمّ إلّا أن يدّعى أنّ عموم دليل النيابه (الوسائل : الباب (۶) من أبواب النيابه، ح ۴.) بعد شرعيّه عملهم وافيه بذلك، إلّا أنيقال : إنّ دليل النيابه لا يحرز قابليّه المحلّ لتحمل المصلحه الملزمه ولو عن الغير،فلابدّ من إحراز هذه من الخارج، ومع عدمه فالأصل عدم صحّه النيابه المزبوره .(آقا ضياء). * على النحو الّذى صحّحنا نيابه العبادات، لا على قصد الوجوب على النائب أوعلى المنوب عنه . (عبدالله الشيرازى). * مع الثقه بإتيان الصبىّ لها صحيحه . (الفانى).

۳- ۳. فيه إشكال؛ إذ لا ملازمه بين شرعيّه عبادات نفسه وجواز نيابته ليترتّب عليهافراغ ذمّه الغير . (الخوئى).

۴- ۴. مع القول بالاكتفاء بعمله عن الغير . (الكوه كَمَرى).

عباداته(۱) .

الرابعه: حکم اُصول الزرع الباقیه بعد انقضاء مدّه الإجاره

الرابعه : إذا بقی فی الأرض المستأجَرَه للزراعه بعد انقضاء المدّه اُصول الزرع فنبتت: فإن لم یُعرِضِ المستأجِر عنها کانت له(۲) ، وإن أعرض(۳) عنها(۴) وقصد(۵) صاحب الأرض(۶)

۱- ۱. قد مرّ مراراً أنّ الأقوی کون عباداته غیر شرعیّه، بل تمرینیّه محضه، وعلی فرضالشرعیّه لا تلازم بین الشرعیّه وجواز النیابه عن غیره . (المرعشی).

۲- ۲. بسبب الحیازه، لا بمجرّد القصد، ومع ذلک لابدّ من إحراز أنّ مالک اُصولالزرع أباحها مطلقاً لکلّ مَن حازها، وإلّا فمجرّد إعراضه لا یوجب الخروجعن ملکیّته . (السبزواری). * بناءً علی کون الإعراض موجباً للخروج عن الملک، وعلی عدم اقتصارصاحب الأرض علی قصد التملّک فقط، بل ضمّ إلیه الحیازه، وهکذا فیالفرض الآتی . (اللنکرانی).

۳- ۳. فی صحّه الإعراض بالنسبه إلی الاُمور الخطیره نظر، بل القدر المتیقّن منالسیره مخرجیّه الإعراض فی الاُمور الیسیره، کباقه بقلٍ أو حطبٍ، أو جلّه حیوانوأمثاله . (آقا ضیاء). * وقلنا بخروج المعرَض عنه عن ملک المُعرِض بالإعراض، کما هو الحقّ . المحقّق . (المرعشی).

۴- ۴. الظاهر أنّ الإعراض لا یوجب الخروج عن الملک؛ وعلیه فلا یملکها صاحبالأرض بقصد تملّکها، نعم، لا بأس بالتصرّف فیها من جهه الإباحه . (الخوئی). * مع ظهور الإعراض عنه، لا مجرّد الإعراض القبلیّ علی الأحوط . (محمّدالشیرازی).

۵- ۵. فی کفایه القصد تأمّل . (صدرالدین الصدر).

۶- ۶. مع تصرّفه فیها بما یصدق به حیازتها، کسقیٍ أو تسمید، وکذا فیما لو بادر آخر .(مهدی الشیرازی).

تملّكها(۱) کـانت له(۲) ، ولـو بـادر آخر(۳) إلى تملّكها(۴) ملك(۵) ، وإن لـم يَجُزْ(۶) له الـدخول فی الأرض إلّا بإذن مالكها(۷) .

الخامسه: ضمان القصّاب ما يذبحه على غير الوجه الشرعى

الخامسه : إذا استأجر القصّاب لذبح الحيوان فذبحه على غير الوجه الشرعیّ بحيث صار حراماً ضمن قيمته(۸) ، بل الظاهر ذلک إذا أمره بالذبح

ص: ۷۹

۱- ۱. بالحيازه . (الفانی، الخمينی).

۲- ۲. فيه إشكال، نعم، إذا ظهر من المالک الإباحه لكلّ أحدٍ يجوز التصرّف فيه من جههالإباحه، من غير فرقٍ بين صاحب الأرض وغيره . (حسن القمّی). * الإعراض بنفسه لا يوجب الخروج عن الملک، نعم، يجوز التصرّف من جههالإباحه حتّى التصرّفات الّتی بنوا على توقّفها على الملک كالبيع؛ لعدم تماميهالمبنی، ويمكن أن يقال : إنّ له أن يهَبه لنفسه عن مالكه، وتخرج الهِبه بإباحتها عنالفضوليّه . (الروحانی).

۳- ۳. إذا كان بالحيازه بأن دخل الأرض وحازها، لا بمجرّد القصد والنيّه، والحقّ أنّالإعراض موجب لزوال الملكيّه . (البجنوردی).

۴- ۴. بالحيازه، لا بمجرّد القصد . (الإصطهباناتی).

۵- ۵. إذا كان حازها، لا بمجرّد النيّه . (البروجردی). * إن حازها بنيّه التملّک . (المرعشی). * بالحيازه، لا بالقصد المجرّد . (محمّد رضا الگلپايگانی). * إن أباحها مالكها لكلّ مَن تملّكها مطلقاً . (السبزواری). * بالدخول فی الأرض محقّقاً لمصداق الحيازه، لا أنّه يملک بمجرّد النيّه والقصد،كما لا يخفى . (مفتی الشيعه).

۶- ۶. ولكن يملكها بالحيازه وإن فعل حراماً . (صدرالدين الصدر).

۷- ۷. أو شاهد الحال . (المرعشی). * إن لم تكن سيره معتبره على الخلاف . (السبزواری).

۸- ۸. إذا كان عارفاً بالذبح الشرعیّ، وأمّا الجاهل خصوصاً القاصر منه فلعلّ السبب آفيه أقوى من المباشر فی نسبه الإتلاف إليه . (محمّد الشيرازی).

تبرّعاً، وکذا فی نظائر المسأله.

السادسه: الإتیان عن غیر المنوب عنه فیما استؤجر علیه

السادسه : إذا آجَر نفسه للصـلاه عن زیدٍ فاشـتبه وأتی بها عن عمرو: فإن کان من قصده النیابه عن مَن وقع العقد علیه وتخیّل أنّه عمرو فالظاهر الصـحّه عن زیدٍ واستحقاقه(۱) الاُجره، وإن کان ناویاً النیابه عن عمرٍو علیوجه التقیید(۲) لم تفرغ ذمّه زیـد، ولم یستحقّ الاُجره، وتفرغ ذمّه عمروٍ(۳) إن کـانت مشـغوله، ولا یسـتحقّ الاُجره من ترکته؛ لأنّه بمنزله التبرّع، وکـذا الحال فی کلّ عملٍ مفتقرٍ إلی النیّه.

السابعه: توکیل المستأجر فی تجدید الإجاره

السابعه : یجوز أن یوجِر داره مثلاً إلی سنهٍ بأُجرهٍ معیّنهٍ ویُوکِّل المستأجِر فی تجدید الإجاره عند انقضاء المدّه، وله عزله(۴) بعد ذلـک، وإن جـدّد قبـل أن یبلغه خبر العزل لزم عقـده، ویجوز أن یشترط فی ضـمن العقـد أن یکون وکیلاً عنه فی التجدیـد بعد الانقضاء، وفی هذه الصوره لیس(۵) له عزله(۶) .

۱- ۱. استحقاق الاُجره بنفس العقد، لا بالعمل الخارجی . (تقی القمّی).

۲- ۲. بنحو وحده المطلوب . (المرعشی).

۳- ۳. إن لم تکن هـذه المنفعه الخـاصّه فی هـذا الزمان لزیـدٍ أو لورثته . (الکوه کَمَری). * الحکم بالفراغ مطلقاً محلّ نظر، بل یختصّ ببعض الصور المتصوّره فی حقّه أیضاً .(المرعشی). * إن لم تکن المنفعه الخاصّه لزید، وإلّا فیتوقّف علی إمضاء ورثته . (السبزواری).

۴- ۴. لا یخلو من شائبه إشکال . (حسن القمّی).

۵- ۵. فیها إشکال . (أحمد الخونساری).

۶- ۶. تکلیفاً . (الحـائری، محمّـد رضـا الگلپایگـانی). * ولکن لیس للوکیل أیضاً إجارتها من نفسه قهراً علی الموکّل إذا کان کارهـاً لهـا،نعم، إن اشترط علیه أن یوجِرهـا منه وأن یکون هو وکیلاً ـ فیه کـان له ذلـک . (البروجردی). * بـل له عزله، إلّا أن یرجع الشرط إلی جعل وکالته فی کلّ آنٍ یجعل مستقلّاً بحیثکلّما عزل کان وکیلاً فی الآن اللاحق بالجعل الانحلالی الآخر، وفیه إشـکال التعلیقأوّلاً، وعـدم جواز إجارتها حینئذٍ مع کراهه المالک قهراً علیه ثانیاً، نعم، لو شـرطعلی المالک إجارتها له بمباشـرته کان له الإجاره بإذن الحاکم الشـرعیّ فی صورهعزله وکراهته . (مهـدی الشـیرازی). * فی غیر صوره شـرط التوکیل فی ضـمن العقد بلا عزل، والتوکیل بعد العقد إشـکال .(عبدالله الشیرازی). * لا یخفی أنّ الوکاله عقد إذنیّ، بمعنی أنّ حقیقتها هی الإذن فی العمل، فلا یمکنأن تبقی بعد رفع الإذن ، فاشتراط الوکاله فی ضمن عقدٍ لازم لا یستلزم إلّا وجوبالوفاء بإبقاء الإذن، ولکن إذا تخلّف الموکِل وأبرز الکراهه عن العمـل فلا یکون مایصـدر عن الوکیل نافـذاً، وإن شـئت قلت : عزل الموکِّل للوکیل عزل من حیث الحکمالوضـعیّ وإن کان مخالفهً للشـرط . (الفانی). * هذا بحسب التکلیف، وأمّا من جهه الوضع فلا یبعد انعزاله بعزله (

هذه التعليقه أوردناها من نسـخهٍ اُخرى منه قدس سـره .). (الخوئى). * الظاهر اختلاف ذلک باختلاف کیفیّه الشرط، فإن شرط أن لاـ یعزله لیس له عزله،وإن کان الشـرط حـدوث وکالهٍ اُخرى أو بقاء الوکاله السابقه فالظاهر جوازه، وکـذا لوشکّ فی کیفیّه الاشتراط . (السبزوارى). * بل له العزل، إلّا إذا کان عدمه مشـروطاً أیضاً فإنّه لیس له حینئذٍ ذلک تکلیفاً، لاوضـعاً . (اللنکرانى).

الثامنه: إجاره العين المشتراه ببيع الخيار

الثامنه : لا يجوز(١) . . . .

ص: ٨١

١- ١. محلّ التأمّل . (عبدالله الشيرازى). * أى تكليفاً، وأمّا وضعاً فيجوز؛ إذ الشرط لا يوجب قصر السلطنه . (تقى القمّى).

للمشتری(۱) ببیع الخیـار بشـرط ردّ الثمن للبـائع أن یُوجِر المبیع أزیـد من مـدّه الخیـار(۲) للبـائع، ولا ـ فی مـدّه الخیار من دون اشتراط الخیار(۳) ، حتّی إذا فسخ البـائع یمکنه أن یفسـخ الإجـاره؛ وذلک لأنّ اشتراط الخیار من البائع فی قوّه إبقاء المبیع علی حاله(۴) حتّی یمکنه الفسخ، فلا یجوز تصرّف ینافی(کذا فی الأصل، والأفضل أن یقال: (تصرّف ما ینافی).) ذلک(۵) .

ص: ۸۲

---

۱ – ۱. هـذا بحسب التکلیف، لکنّه لو آجره لا ـ تبعـد الصـحّه، ولکنّه إذا فسـخ العقـد فی وقتهأخـذ من المشتری بـدل التـالف من المنفعه . (الخوئی). * أی لا ـ یلزم بـدون إجـازه البـائع . (الفیروزآبـادی). * الأقوی الجواز، ویقف علی الإجازه، بل یمکن أن یقال بالصحّه وعدم الوقوفعلی الإجازه، غایته أنّ له المثل أو القیمه لو فسخ، کما لو باع . (کاشف الغطاء). * فیه نظر، بل لا یبعد جواز الإجاره أکثر، فإن لم یفسـخ البائع بقیت الإجاره علیحالها، وإن فسـخ البائع بطلت الإجاره بالنسـبه للزائـد، وتترتّب علیه آثار البطلاـن منـالتبعّض ونحوه . (محمّـد الشـیرازی). * الجواز لا ـ یخلو من رجحان، فلا یتوقّف علی إجازه البایع، نعم، لو فسـخ فله المِثلأو القِیمه حینئذٍ . (مفتی الشیعه).

۲– ۲. من دون اشتراط الخیار . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳– ۳. قید للجملَتین . (الخمینی). * الظاهر تعلّقه بکِلا الفرضَین . (اللنکرانی).

۴– ۴. بالنسبه إلی العین، وأمّا بالنسبه إلی المنافع فأصل اشتراط الخیار ساکت عنه، إلّاأن تدلّ قرینه علیه . (السبزواری).

۵– ۵. تکلیفاً، لا وضعاً، کما مرّ . (الحائری). * تکلیفاً، وأمّا وضعاً فالقول بالجواز غیر بعید . (الروحانی).

التاسعه: حصول العمل المستأجر عليه لا بقيد المباشره بتبرّع المتبرّع

التاسعه : إذا استُوجِر لخياطه ثوبٍ معيّنٍ لا بقيد المباشره فخاطه شخص آخر تبرّعاً عنه(١) استحقّ(٢) الاُجره(٣) المسمّاه(۴) ، وإن خاطه تبرّعاً عن المالک لم يستحقّ المستأجر(۵) شيئاً(۶) ،

١- ١. أی عن الأجير . (المرعشی). * المراد من الضمير هو المستأجَر بالفتح، أی الأجير، كما أنّ المراد من الاسمالظاهر الآتی هو الأجير . (مفتی الشيعه).

٢- ٢. مرجع الضميرين هو المستأجَر ــ بفتح الجيم ــ المفهوم من قوله : إذا استؤجِرالأجير . (الإصطهباناتی). * يعنی الأجير . (محمّد رضا الگلپايگانی). * قد تقدّم قريباً أنّ الاستحقاق بنفس العقد . (تقی القمّی).

٣- ٣. يعنی المستأجَر . (الإصفهانی). * يعنی من استُوجِر علی الخياطه، وهو الأجير . (البروجردی). * يعنی الأجير، دون المتبرّع . (مهدی الشيرازی). * أی المستأجَر . (عبدالله الشيرازی). * أی الأجير . (السبزواری).

۴- ۴. أی الأجير، وقوله فيما بعد هذه العباره : « لم يستحقّ المستأجَر شيئاً وبطلتالإجاره » أيضاً مراده الأجير . (البجنوردی).

۵- ۵. بالفتح وهو الأجير . (المرعشی). * بفتح الجيم يعنی الأجير . (محمّد رضا الگلپايگانی). * المراد به الأجير . (السبزواری). * يعنی الأجير . (حسن القمّی). * بالفتح أی الأجير، ثمّ إنّ ذلک فيما إذا لم يمضِ زمان يتمكّن فيه الأجير منالخياطه، وإلّا ثبت الخيار لكلٍّ منهما . (الروحانی).

۶- ۶. المستأجَر بفتح الجيم . (الإصطهباناتی).. * المستأجَر بالفتح، أی الأجير . (الخوئی).

وبطلت(۱) الإجاره(۲) ، وکذا إن لم یقصد التبرّع عن أحدهما، ولا یستحقّ علی المالک اُجرهً؛ لأنّه لم یکن مأذوناً من قبله وإن کان قاصداً لها أو معتقداً أنّ المالک أمره بذلک.

العاشره: الإجاره لعمل حصل مانعٌ عن إتمامه

العاشره : إذا آجَره لیوصِلَ مکتوبه إلی بلد کذا إلی زیدٍ مثلاً فی مدّهٍ معیّنهٍ فحصل مانع فی أثناء الطریق أو بعد الوصول إلی البلد: فإن کان المستأجر علیه الإیصال وکان طیّ الطریق مقدّمه لم یستحقّ شیئاً(۳) ، وإن کان المستأجر علیه مجموع السیر والإیصال استحقّ بالنسبه(۴) ، وکذا الحال فی کلّ ما هو من هذا القبیل، فالإجاره مثل الجعاله(۵) قد تکون علی العمل المرکّب من أجزاء، وقد تکون علی نتیجه ذلک(۶)

ص: ۸۴

۱- ۱. إطلاق الحکم ممنوع، ولابدّ من التفصیل . (تقی القمّی).

۲- ۲. قد مرّ سابقاً أنّ البطلان مشکل، وأنّه لا یستحقّ الأجیر شیئاً إذا فسخ المستأجر .(الحائری). * فی إطلاقه إشکال، وقد مرّ التفصیل فی نظائره . (الخوئی). * فیه إشکال . (حسن القمّی).

۳- ۳. مع فسخ المستأجر، وإلّا فمشکل، کما مرّ . (الحائری).

۴- ۴. هذا مبنیّ علی انحلال العقد إلی العقود المتعدّده، ولا نقول به . (تقی القمّی).

۵- ۵. ولکنّ صحّتها إن وقعت علی نتیجه العمل مشروطه بترتیب النتیجه علیها غالباً؛کی لا یلزم الغَرر، بخلاف الجعاله . (المرعشی).

۶- ۶. بشرط کون النتیجه مترتّبهً علی العمل غالباً؛ لئلّاتکون الإجاره غَرریّه . (الإصطهباناتی). * لکنّ الإجاره علی نتیجه العمل إنّما تصحّ إذا کانت مترتّبه علیه غالباً بحیث لاتکون الإجاره غَرریّه، بخلاف الجعاله، والفرق هو : أنّ المستأجِر یملک المستأجَرعلیه علی الأجیر، بخلاف الجاعل فإنّه لا یستحقّ علی العامل شیئاً، وإنّما یعمل هوباختیاره بترتّب الفائده . (البروجردی). * فی الإجاره لابدّ أن تکون بترتّب النتیجه علی العمل غالبیّاً، وإلّا تکون الإجارهغَرریّاً، نعم، یتمّ ذلک فی الجعاله مطلقاً . (مفتی الشیعه).

العمل(۱) ، فمع عدم حصول تمام العمل فى الصوره الأُولى يستحقّ الأُجره بمقدار ما أتى به، وفى الثانيه لا يستحقّ شيئاً، ومثل الصوره ما إذا جعلت الأُجره(۲) فى مقابله مجموع العمل من حيث المجموع(۳) ، كما إذا استأجره للصلاه أو الصوم(۴) فحصل مانع فى الأثناء من إتمامها.

---

۱ - ۱. لكنّ الإجاره على نتيجه العمل إنّما تصحّ إذا كانت مترتّبهً عليه غالباً بحيث لاتكون الإجاره غَرريّه، بخلاف الجعاله، والفرق هو : أنّ المستأجِر يملك المستأجَرعليه على الأجير، بخلاف الجاعل فإنّه لا يستحقّ على العامل شيئاً، وإنّما يعمل هوباختياره بترتّب الفائده . (عبدالله الشيرازى).

۲ - ۲. وكان العمل كلّيّاً فى ذمّه الأجير . (المرعشى). * هذا إذا كان العمل كلّيّاً فى ذمّه الأجير، وأمّا إذا كان بحيث تكون منفعته الخاصّه مملكاً للمستأجِر فلا يبعد استحقاق الأُجره المسمّاه، أو أُجره المثل لِما أتى به؛لأنّ تخلّف وصف الاجتماع فى الفرض نظير تخلّف الوصف فى المبيع الشخصيّيوجب الخيار، لا بينونه المأتىّ به لما استوجِر عليه، مع أنّ الإجاره الواقعه عليمثل الصوم والصلاه غالباً تكون من قبيل الأوّل، إلّا إذا استوجِر على إبراء الذمّه وهوأيضاً نادر . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳ - ۳. الظاهر أنّ الإجاره الواقعه على الصوم والصلاه وأمثالهما فى الغالب من قبيلالأوّل، نعم، لو كان المستأجَر عليه نتيجه العمل كإبراء الذمّه فى الصوم والصلاه فلايستحقّ شيئاً ما لم يتمّ . (الحائرى).

۴ - ۴. الصلاه والصوم ليسا قابلَين لأن تُقسَّط الأُجره على أبعاضها؛ لأنّ أبعاضها عمل لافائده فيها، فأكل المال بإزائها أكل للمال بالباطل، فلا يتصوّر فيهما قسمين، فليسعدم التقسيط فيهما من ناحيه لحاظ المجموع بما هو مجموع متعلّق الإجاره، بلمن جهه عدم قابليّتهما له . (البجنوردى). * الظاهر أنّ فيهما لا يتحقّق التوزيع؛ لعدم قابليّتهما له، فلا تقبل أجزاؤهماالمعاوضه؛ لعدم ترتّب أثرٍ عليها، كما لا يخفى . (مفتى الشيعه).

الحادیه عشره: فسخ الأجیر ذوالخیار قبل العمل أو بعده أو فی أثنائه

الحادیه عشره : إذا کان للأجیر علی العمل خیار الفسخ: فإن فسخ قبل الشروع فیه فلا إشکال، وإن کان بعده استحقّ اُجره المثل(۱) ، وإن کان فی أثنائه استحقّ بمقدار ما أتی به من المسمّی(۲) ، أو المِثل علی الوجهین(۳)

ص: ۸۶

۱- ۱. لبطلان الضمان بالمسمّاه، مع کون العمل واقعاً مضموناً . (المرعشی).

۲- ۲. الأظهر تعیّن الاستحقاق من المسمّی . (تقی القمّی).

۳ - ۳. وقد تقدّم أنّ الأوجه التفصیل بین ما إذا کان سبب الخیار موجوداً حین العقد،وبین ما إذا طرأ فی أثناء المدّه . (الإصفهانی). * تقدّم أنّ الأوجه رجوع اُجره المسمّی بعد الفسخ ولیس الفسخ، من قبیل البطلان،نعم، للأجیر أخذ اُجره المثل بالنسبه إلی ما أتی من العمل فی الصوره المفروضه .(البجنوردی). * قد مرّ تفصیل المسأله . (عبدالله الشیرازی). * مرّ التفصیل فیه، وأنّ الأقوی رجوع تمام المسمّی، وللموجر اُجره المثل بالنسبهإلی ما مضی إن کان حقّ الفسخ بسبب متحقّق حال العقد، وأمّا مع العروض فیالأثناء فالأقوی التوزیع . (الخمینی). * وتقدّم احتمال التفصیل بین عروض موجب الخیار فله من المسمّاه بقدر مأتِیِّه،وبین کونه من حین العقد فله من اُجره المثل بقدره . (المرعشی). * بل أقلّ الأمرین من المثل والمسمّی، کما تقدّم . (محمّد الشیرازی). * مرّ أنّ الأقوی هو التفصیل بین ما إذا کان سبب الخیار هو اشتراطه فی متن العقد،أو کان سببه قاعده نفی الضرر، أو الأدلّه الخاصّه، ففی الأوّل تابع لکیفیّه الاشتراط،وفی الثانی لاندفاع الضرر، وفی الثالث لظاهر الأدلّه الخاصّه، فراجع . (اللنکرانی).

المتقدّمين(۱) ، إلّا إذا كان المستأجر عليه المجموع(۲) من حيث المجموع فلا يستحقّ شيئاً(۳) . وإن كان العمل ممّا يجب إتمامه بعد الشروع فيه كما فى الصلاه، بناءً على حرمه قطعها، والحجّ بناءً على وجوب إتمامه فهل هو كما إذا فسخ بعد العمل، أو لا؟ وجهان، أوجههما(۴) الأوّل(۵) . هذا إذا كان الخيار

۱- ۱. قد مرّ أنّه يختلف بحسب الموارد والأسباب، ففى بعضها تثبت اُجره المثل، وفيبعضها اُجره المسمّاه . (الحائرى). * وقد تقدّم إمكان الفرق بين ما إذا كان موجب الخيار موجوداً حين العقد فيستحقّمن اُجره المثل بمقدار ما أتى به، وبين ما طرأ فى الأثناء فيستحقّ من المسمّيبمقدار ما أتى به . (الإصطهباناتى). * فى المسأله (۵) من الفصل (۳)(أى فصل « يملك المستأجِر المنفعه ». راجع الجزء : ۱۳/۴۴۲.). (الفانى). * جواز فسخ الإجاره بالنسبه إلى المجموع أو خصوص البعض الباقى موقوفعلى كيفيّه جعل الخيار؛ لِما مرّ من عدم المانع فى فسخ البعض مع تحقّق سببالخيار . (محمّد رضا الگلپايگانى). * فى المسأله (۵) من فصل « يملك المستأجِر المنفعه » ، وقد مرّ ما هو الأقويمنهما . (السبزوارى).

۲- ۲. احتمال كون تخلّفه من قبيل تخلّف الوصف قوىّ . (المرعشى).

۳- ۳. قد مرّ حكم تخلّف وصف المجموع فى الحاشيه السابقه . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. فيه نظر، بل إذا كان المستأجَر عليه المجموع لم يملك شيئاً . (الكوه كَمَرى). * ولاحتمال التفصيل المذكور وجه . (المرعشى). * بل الأوجه الثانى، فيجرى فيه التفصيل المتقدّم فى الحاشيه السابقه . (اللنكرانى).

۵- ۵. الظاهر أنّه يستحقّ الاُجره بالنسبه، نعم، لو كان المستأجَر عليه النتيجه فالأوجه الثانى . (الحائرى). * إذا لم يكن إتمام العمل بقصد المجّانيّه . (عبدالهادى الشيرازى). * الأقوى الثانى؛ لعدم استناد مجموع العمل إلى الأمر المعاملىّ، وأمر الشارعبالإتمام لا يوجب ضماناً على الآمر بعد فسخ العامل . (الفانى). * الأقوى جريان التفصيل المتقدّم فيه أيضاً، إلّا أن يكون الاستئجار على مجموعالعمل أو النتيجه، فمع إعمال الخيار لا يستحقّ شيئاً . (الخمينى). * بل أوجههما الثانى (هذه التعليقه أوردناها من نسخهٍ اُخرى منه قدس سره .). (الخوئى، محمّد الشيرازى). * إذا لم يقصد المجّانيّه بالإتمام . (السبزوارى). * بل الثانى فى هذا الفرض، أمّا فى الفرض الّذى يكون الخيار للمستأجِر ففيهتأمّل . (حسن القمّى). * بل الأظهر الثانى . (تقى القمّى). * بل الثانى . (الروحانى، مفتى الشيعه).

فوريّاً، كما فى خيار(١) الغَبن(٢) إن ظهر كونه مغبونـاً فى أثناء العمل، وقلنا: إنّ الإتمام منافٍ للفوريّه، وإلّا فله أن لا يفسـخ إلّا بعـد الإتمام. وكـذا الحال إذا كان الخيار للمسـتأجِر، إلّا أنّه إذا كان المسـتأجر عليه المجموع من حيث المجموع، وكان فى أثناء العمل يمكن(٣) أن يقال(۴) : إنّ الأجير يستحقّ

١- ١. بناءً على كونه فوريّاً . (اللنكرانى).

٢- ٢. فى المثال مناقشه . (الخمينى، حسن القمّى).

٣- ٣. الجزم به مشكل بحسب الصناعه، ولكنّ الاحتياط لا يُترك . (تقى القمّى).

۴- ۴. هذا ينافى ما سبق منه بأسطر . (الفيروزآبادى). * الظاهر عدم الفرق بين كون الخيار للأجير أو للمستأجر . (الحائرى).. * ولكنّه ممنوع، والأجير بقبول الشـرط هَتَكَ احترام عمله إذا كان خيار الشرط،وكذا الشرع بترخيصه فى الفسخ إذا كان غيره . (الكوه كَمَرى). * لكنّه بعيد . (عبدالهادى الشيرازى، حسن القمّى، الروحانى). * هذا القول ضعيف؛ إذ المُقدِم على عملٍ على نحو المجموعيّه لا يستحقّ الاُجرهإلّا على مجموع العمل، فإذا أعمل المستأجر خياره فى أثناء العمل انفسخ الأمرالمعاملىّ، ولم يكن لِما عمل الأجير اُجره، كما هو واضح، ولا فرق فى ذلك بينشرط الخيار وغيره . (الفانى). * لكنّه غير وجيه . (الخمينى). * لكنّه بعيد؛ إذ المفروض أنّ الواقع فى الخارج مغاير لِما تعلّقت به الإجاره،وقاعده الاحترام فى نفسها لا تفى بإثبات الضمان . (الخوئى). * الظاهر عدم الفرق بين كون الخيار للأجير أو للمستأجِر . (محمّد رضا الگلپايگانى). * الظاهر عدم الفرق من هذه الجهه بين كون الخيار للمستأجِر أو الأجير، ولكنّإثبات استحقاق اُجره المثل بمجرّد قاعده الاحترام مشكل فى خصوص المقام؛لأنّه مع التفاته إلى الخيار فكأنّه أقدم على هتك عمله . (السبزوارى). * لكنّه بعيد من وجوه : من كون الأجير بقبول الشرط هَتَكَ احترام عمله،أو الشرع بترخيصه فى الشرع، ومن كون ما وقع فى الخارج مغاير لمتعلّقالإجاره، ومن جهه أنّ الأجزاء بانفرادها لا قيمه لها، فلا تشملها قاعده احترامال المسلم . (مفتى الشيعه). * على بُعد . (اللنكرانى).

بمقدار ما عمل من اُجره المثل؛ لاحترام عمل المسلم، خصوصاً إذا لم يكن الخيار من باب الشرط(۱) .

الثانيه عشره: جواز اشتراط النفقه على الأجير أو المؤجر

الثانيه عشره : كما يجوز اشتراط كون نفقه الدابّه المستأجَره والعبد والأجير المستأجَرين للخدمه أو غيرها على المستأجِر إذا كانت

۱- ۱. إذ عليه لا استحقاق له لمكان إقدامه على إتلاف عمله . (المرعشی).

معيّنهً بحسب العاده، أو عيّناها على وجهٍ يرتفع الغَرر كـذلك يجوز اشتراط(١) كون نفقه المستأجِر على الأجير أو الموجِر بشرط التعيين أو التعيّن الرافعَين للغَرر، فما هو المتعارف(٢) من إجاره الدابّه(٣) للحجّ(۴) واشتراط كون تمام النفقه ومصارف الطريق(۵)

ص: ٩٠

١- ١. إذا كان على نحو الفعل، وإلّا لا يجوز . (تقى القمّى).

٢- ٢. المتعارف فى زماننا هو إجاره النفس لإحجاج الحجّاج من قبل « الحَملَداريّه » ،ملتزماً للمصارف والنفقات مطلقاً . (الفانى). * المتعارف ليس من باب إجاره الدابّه، ولا ـ الشرط فى ضمن الإجاره، بل من بابإجاره النفس لإيصال الحاجّ إلى مكّه والمسافره معه وإن استلزم صرف المال فيتهيئه حوائجه وحاجياته، ومن ثمّ لا تبطل الإجاره بموت الدابّه، وعليه حملهوإيصاله بغيرها من الوسائل . (المرعشى). * يختلف المتعارف بحسب اختلاف الأحوال والأطوار السفريّه، فعلى هذا كلّ أمرٍشُرِط على المؤجِر أو المستأجِر ولم يكن متعارفاً فلابدّ من تعيّنه؛ دفعاً للضرر .(مفتى الشيعه).

٣- ٣. المتعارف من عمل الحجّاج « والحَملَداريّه » ليس من إجاره الدابّه، ولا الشرط فيضمنها، بل هو إجاره النفس للمسافره بالحاجّ من بلدٍ إلى بلدٍ مثلاً ـ مع تهيئه جميعمحاويجه السفريّه بكذا وكذا، وهى أيضاً جائزه، وليست من تمليك العين، وإن كانالعمل لا يتمّ إلّا بصرف الأعيان، كما فى الصبغ والغسل والإرضاع . (البروجردى).

۴- ۴. الظاهر اختلاف ذلك بحسب الموارد، فقد يكون من إجاره النفس، وقد يكون منإجاره المركوب، والمتعارف فى هذه الأعصار هو الأوّل، فيُؤجِرون أنفسهم لخدمهالحجّاج كُلّاً أو بعضاً حسب الشروط والقيود . (السبزوارى).

۵- ۵. المحتمل قويّاً كون المقصود نفقه المستأجِر، أى الحاجّ ومصارف طريقه، مع أنّالمتعارف إجاره النفس للحاجّ المسافر، لا إجاره الدابّه بهذا النحو أو بالشرط،وكلاهما صحيح . (عبدالله الشيرازى).

ونحوها على الموجِر لا مانع منه(۱) إذا عيّنوها(۲) على وجهٍ رافعٍ للغَرر.

الثالثه عشره: إجاره المالک للعین المستأجره

الثالثه عشره : إذا آجَر داره(۳) أو دابّته من زيدٍ إجارةً صحيحةً بلا خيارٍ له، ثمّ آجرها(۴) من عمروٍ كانت الثانيه فضوليّةً موقوفةً على إجازه زيد، فإن أجاز صحّت(۵) له(۶) ، ويملك هو الاُجره فيطالبها من

---

۱ - ۱. وكذا لا بأس بما هو المتعارف فی زماننا من إجاره رجلٍ نفسَه للمسافرهبالحاجّ من بلدٍ إلى بلدٍ، مع تحمّل جميع ما يحتاجه إليه فی السفر من المأكولوالمشروب والسيّاره والطيّاره وغيرها إذا كانت معيّنه، أو عيّناها على وجهٍيرتفع الغَرر . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- ۲. أو كانت معيّنه بحسب العاده . (اللنكرانی).

۳- ۳. إجاره مطلقه من حيث المباشره . (الفانی).

۴- ۴. بنحوٍ ينطبق على الإجاره الاُولى كُلّاً، وأمّا صوره الانطباق بعضاً فيأتی التعرّضلها فی ذيل المسأله . (اللنكرانی).

۵- ۵. إن كان جميع المنافع له، أو كان متعلّق الإجاره الثانيه عين متعلّق الإجاره الاُولى .(البجنوردی).

۶- ۶. إذا كان مالكاً لجميع منافعها، أو كانت الإجاره الثانيه واقعةً على مورد الاُولى .(آقا ضياء). * إذا كانت الثانيه واقعةً على متعلّق الاُولى . (الإصطهباناتی). * فيما إذا كان المستأجِر مالكاً لجميع المنافع، أو لمتعلّق الإجاره الثانيه . (مهديالشيرازی). * إذا كان مورد الإجارتَين واحداً ولو فی الجمله . (الخمينی). * إذا وقعت الإجاره الثانيه على وجهٍ يملك المستأجِر الثانی تمام ما ملكهالمستأجِر الأوّل أو بعضه . (محمّد رضا الگلپايگانی). * إذا كان المستأجِر مالكاً لجميع المنافع، أو لمتعلّق الإجاره الثانيه . (حسن القمّی). * إذا كانت الإجاره الثانيه عين الإجاره الاُولى بحسب المتعلّق، أو كان جميعالمنافع له . (مفتی الشيعه).

عمروٍ(١) ، ولا(٢) يصحّ له(٣) إجازتها على أن تكون الاُجره للموجِر، وإن فسخ الإجاره(۴) الاُولى(۵) بعدها؛ لأنّه لم يكن مالكاً للمنفعه حين العقد الثانى، وملكيّته لها حال الفسخ(۶) لا تنفع(٧) إلّا إذا جدّد(٨) الصيغه(٩) ، وإلّا فهو من

١- ١. لو كانت الإجاره من عمروٍ . (المرعشى).

٢- ٢. فى القول بالصحّه وجه، والإجازه لنفسه محلّ الإشكال، ولا يُترك الاحتياط . (تقيالقمّى).

٣ - ٣. على الأحوط . (عبدالهادى الشيرازى). * فيه تأمّل، أمّا إذا لم يكن المستأجِر مالكاً لجميع المنافع ولا لمتعلّق الإجارهالثانيه فالظاهر أنّه يصحّ له . (حسن القمّى).

۴- ۴. تصحّ الإجاره الثانيه بالإجازه فى هذه الصوره . (الفانى).

۵- ۵. قد مرّ الكلام فى نظيره سابقاً . (الإصطهباناتى).

۶- ۶. لا يبعد كفايه الإجازه لصحّه العقد السابق من حين الفسخ . (أحمد الخونسارى).

٧- ٧. والأقوى كفايه إجازه العقد السابق من حين الفسخ، ويصحّ من حين انتقالها إليهبالفسخ، كما لا يخفى وجهه . (آقا ضياء). * لا يبعد تصحيح العقد السابق من حين الفسخ بالإجازه . (السبزوارى).

٨- ٨. الأقوى كفايه الإجازه بعد الفسخ، من دون حاجه إلى صيغهٍ اُخرى . (الكوه كَمَرى). * كفايه الإجازه لا تخلو من قوّه . (عبدالهادى الشيرازى).

٩- ٩. الأقوى كفايه الإجاره، ولا حاجه إلى تجديد الصيغه . (الشريعتمدارى). * بل يكفى إجازه العقد الثانى بعد فسخ العقد الأوّل بدون حاجهٍ إلى تجديدالصيغه . (الخوئى). * بل تنفع بلا حاجه إلى تجديد الصيغه، ولا مناط قطعىّ يُستفاد منه حكم البيع فيالإجاره، مضافاً إلى الإشكال فى المقيس عليه أيضاً . (محمّد الشيرازى). * تكفى الإجازه بعد الفسخ، ولا حاجه إلى تجديد الصيغه . (الروحانى). * لا يبعد الاكتفاء بالإجازه، من دون حاجهٍ إلى تجديد الصيغه، كما فى المقيسعليه . (اللنكرانى).

قبیل مَن باع شیئاً ثمّ ملک، ولو زادت مـدّه الثانیه عن الاُولی لا یبعد(۱) لزومهـا علی الموجِر فی تلـک الزیاده، وأن یکون لزید إمضاوها بالنسبه إلی مقدار مدّه الاُولی.

الرابعه عشره: تملّک العین المستأجره قبل انقضاء مدّه الإجاره

الرابعه عشـره : إذا استأجر عیناً ثمّ تملّکها قبل انقضاء مدّه الإجاره بقیت الإجاره علی حالها(۲) ، فلو باعها والحال هذه لم یملکها المشتری(۳) إلّا مسلوبه(۴) المنفعه(۵) فی تلک المدّه، فالمنفعه تکون له،

۱- ۱. عدم البعد یتوقّف علی تعدّد الإجاره بالنسـبه إلی أجزاء الزمان، والالتزام به بعید،اللهمّ إلّا أن یقطع بعدم الفرق بین الإجاره والبیع؛ حیث یکون البیع بالنسبه إلی مایملک صحیحاً بالنصّ . (تقی القمّی).

۲- ۲. قد مّر الإشکال فیه والاحتیاط، فراجع . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. بـل الظـاهر ملکیّه المشتری للمنفعه أیضاً؛ لقاعـده التبعیّه، وعـدم الفرق بین المقاموبین سائر الموارد، کما أنّه لا فرق ظاهراً بین أن یکون السـبب مثـل الإرث منالأسـباب الّتی لیس لبقائهـا اعتبار أو احتمال زوال، وبین ما إذا کان مثل العقود الّتیلها اعتبار بقاءٍ وأثرٍ واحتمال فسخٍ وانفساخ؛ فإنّ اختلاف سـبب ملک العین لا یؤثّرفی تبعیّه المنفعه وعدمها؛ فإنّ المنشأ لاحتمال العدم هو انفکاکها عن العینبالإجاره، ولا فرق من هذه الجهه بین أسباب ملک العین المختلفه من حیث اعتبارالبقاء وعدمه . (اللنکرانی).

۴- ۴. فیه إشکال، ولا یُترک الاحتیاط باشتراط التبعیّه أو عدمها فی عقد البیع، ومععدمه فلا یُترک الاحتیاط بالتراضی والتصالح . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۵- ۵. بل غیر مسـلوبه، ومحض تعدّد السـبب فی تملیک العین والمنفعه بالنسبه إلی ï البائع لا یغیّر ظاهر العقـد فی تملیک العین وتبعیّه منفعتهـا لهـا . (الفیروزآبـادی). * فیه تأمّل وإشـکال، والأحوط اشتراط التبعیّه فی عقـد البیع وعـدمها، کما أنّالأحوط مع عـدمه التراضـی والتصالـح . (الإصــطهباناتی). * الظـاهر أنّـه لاـ فرق فی جریـان التبعیّـه بیـن المقـام وسـائر المـوارد، وتملّک المنفعهبسببٍ آخر غیر سـبب ملکیّه العین لا یمنع من ذاک . (الشـریعتمداری). * فیه إشـکال، بل الظاهر عدمه . (الخوئی). * فیه إشـکال، بـل لا یبعـد تبعیّه المنفعه للملک فی الفرض . (محمّـد الشـیرازی). * فیه إشـکال، فلا یُترک مقتضـی الاحتیاط . (حسن القمّی). * بل یملک منفتعها أیضاً تبعاً . (الروحانی).

ولا تتبع(۱) العين، نعم، للمشترى خيار الفسخ إذا لم يكن عالماً بالحال، وكذا الحال إذا تملّك المنفعه بغير الإجاره(۲) فى مدّهٍ ثمّ تملّك العين، كما إذا تملّكها بالوصيّه أو بالصلح أو نحو ذلك فهى تابعه للعين إذا لم تكن مفروزه، ومجرّد كونها لمالك العين لا تنفع(۳) فى الانتقال إلى المشترى، نعم، لا يبعد تبعيّتها(۴)

ص: ۹۴

۱- ۱. عدم التبعيّه محلّ نظر، إلّا إذا قصد البائع إبقاء المنفعه فى ملكه، ويقصد الاستثناءفى مقام الإنشاء . (تقى القمّى).

۲- ۲. فى إطلاقه إشكال، والظاهر اختلاف الموارد، ولا يبعد التبعيّه إذا تملّكها بمثلالإرث من الأسباب الّتى ليس لبقائها اعتبار أو احتمال زوال، وعدم التبعيّه فيالعقود الّتى لها اعتبار بقاءٍ وأثرٍ واحتمال فسخٍ وانفساخ، وفى مثلها لا يوثّر قصدالتبعيّه فى تبعيّتها، نعم، له أن يضمّها إليها فى العقد . (الخمينى).

۳- ۳. الجزم بعدم النفع مشكل إن لم يكن ممنوعاً، وعلى تقدير عدم التبعيّه يتحقّقالخيار للمشترى مع جهله بالحال . (تقى القمّى).

۴- ۴. فيه تأمّل . (الإصفهانى). * كفايه صرف قصد التبعيّه مع عدم اشتراطها فى عقد البيع محلّ إشكال، كما مرّ .(الإصطهباناتى). * إن كان قاصداً لتمليك العين والمنفعه فلا إشكال فيه، أمّا إن كان قاصداً لتبعيّهالمنفعه للعين ففيه تأمّل . (حسن القمّى). * فهو بعيد إذا لم يكن قاصداً لتمليك المنفعه إنشاءً لعدم كفايه مجرّد قصد التبعيّه،نعم، لو قصد وأنشأ انتقال المنفعه أيضاً فتنتقل أيضاً إلى المشترى، كما لو قصد تمليكشىءٍ مع المقتضى . (مفتى الشيعه).

للعين[(۱)] إذا[(۲)] كان قاصداً[(۳)] لذلك[(۴)] حين البيع.

ص: ۹۵

۱- ۱. فيه تأمّل وإشكال؛ لأنّ المنفعه إذا لم تكن تابعةً للعين _ كما هو المفروض فيالمقام _ فبصرف القصد لا تحصل التبعيّه وإن كانت تابعه؛ لأنّ كليهما ملك للبائع، فلافرق بين أن يقصد أم لا . (البجنوردى).

۲- ۲. فيه تأمّل، بل العدم لا يخلو من رجحان، نعم، لا بأس بضمّها إليها فى العقد .(البروجردى).

۳- ۳. لا يكفى مجرّد القصد مع عدم الذِكر فى العقد . (الكوه كَمَرى). * على وجه الشرط الضمنىّ، وإلّا فالأظهر عدم التبعيّه . (مهدى الشيرازى). * البيع واقع على العين، والمنفعه لا تكون فى مقابل الثمن، فلا مجال لقصد التبعيّهوعدمها؛ إذ التبعيّه إن كانت حاصله فهى تحصل بلا حاجه إلى القصد، وإن لم تكنفلا تحصل بالقصد، نعم، للبائع أن يقصد نقل العين مسلوبه المنفعه . (تقى القمّى).

۴- ۴. أى لانتقال المنفعه . (عبدالهادى الشيرازى). * على نحو الاشتراط . (الفانى). * بأن أنشأ تمليك العين والمنفعه، ولا يجدى قصد التبعيّه فى الإنشاء فى حصولالتبعيّه فى الملك، فلا يُترك الاحتياط بالاشتراط أو عدمه فى عقد البيع، وفى صورهعدم الاشتراط نفياً أو إثباتاً لا يُترك الاحتياط بالمصالحه الواقعه على ما كانمقصوداً بالإجاره الاُولى من المنافع . (المرعشى). * إن كان هذا القصد فى صوره إفراز المنفعه فلا أثر له قطعاً، وإن كان فى صورهعدم الإفراز فلا نحتاج إليه؛ لجريان قاعده التبعيّه بلا مانع، بل قصد نقل العين حينئذٍقصد لنقل المنافع إجمالاً . (السبزوارى).

الخامسه عشره: عدم بطلان إجاره الأرض للزراعه لو نقص الحاصل بآفه

الخامسه عشره : إذا استأجر أرضاً للزراعه مثلًا فحصلت آفه سماويّه أو أرضيّه توجب نقص الحاصل لم تبطل، ولا يوجب ذلک نقصاً فی مال(١) الإجاره، ولا خياراً(٢) للمستأجِر(٣) ، نعم، لو شرط علی الموجِر إبراءه من ذلک بمقدار ما نقص بحسب تعيين أهل الخُبره ثُلُثاً أو رُبعاً أو نحو ذلک، أو أن يهبه ذلک المقدار إذا کان مال الإجاره عيناً شخصيّهً فالظاهر الصحّه(۴) ، بل الظاهر صحّه(۵)

ص: ۹۶

---

١ - ١. سقطت هنا کلمه نقصاً (کلمه « نقصاً » موجوده فی الأصل هنا وفی سائر النسخ المتوفّره لدينا، ويحتمل سقوطها من نسخهالشيخ کاشف الغطاء قدس سره .) ، والتعليق فی الشروط مضرّ إذا استلزم نوعاً من الغرر .(کاشف الغطاء).

٢ - ٢. إن کانت الآفه الأرضيّه عارضهً لجههٍ خارجيّه، کقلّه المياه اتّفاقاً، أمّا لو کانت عننفس طبيعه الأرض فالظاهر أنّها عيب يوجب الخيار . (مهدی الشيرازی). * إن کانت الآفه الأرضيّه اتّفاقيّاً، أمّا إذا کانت من نفس طبيعه الأرض فالظاهر أنّهاعيب يوجب الخيار . (حسن القمّی).

٣- ٣. بل فی إطلاقه تأمّل . (محمّد الشيرازی).

۴- ۴. فی صحّه هذا الشرط مع جهالته حين العقد نظر، بل به يبطل عقد الإجاره أيضاً؛لکونه غَرريّاً . (آقا ضياء).

۵- ۵. لا تخلو من إشکال . (النائينی). * الصحّه متوقّفه علی جواز الإبراء قبل الاشتغال، وهو محلّ الإشکال؛ إذ مع الشکّفيه يکون مقتضی الأصل عدمه . (تقی القمّی).

اشتراط[1] البراءه[2] على التقدير المذكور بنحو شرط النتيجه[3] ، ولا يضرّه التعليق لمنع كونه مضرّاً[4] فى الشروط، نعم، لو شرط براءته[5] على التقدير المذكور حين العقد بأن يكون ظهور النقص كاشفاً عن البراءه[6] من الأوّل فالظاهر عدم[7] صحّته[8] ؛ لأوْلِهِ (الأَوْلُ: مصدر آلَ يَؤُول، والأَوْل: الرجوع، آلَ الشيء يؤُول أوْلاً ومآلاً: راجع: لسان العرب :۱/۲۶۴، (ماده أوَل).) إلى الجهل[9] بمقدار مال

ص: ۹۷

۱- ۱. لا تخلو من إشكال . (جمال الدين الگلپايگانى).

۲- ۲. فيه تأمّل . (الكوه كَمَرى). * لا يخلو من إشكال . (حسن القمّى).

۳- ۳. فيه إشكال . (الحائرى، المرعشى).

۴- ۴. لأنّه ليس بجزءٍ من أحد العِوضين، ولا تعليق بسببه فى الإنشاء . (المرعشى).

۵- ۵. وعدم اشتغال ذمّته، لا إذا شرط براءه ذمّته على فرض الاشتغال . (المرعشى).

۶- ۶. أى عدم الاشتغال رأساً، لا البراءه بعد الاشتغال ولو آناً . (اللنكرانى).

۷- ۷. لو قلنا بالصحّه فى الصوره الاُولى كما يقول الماتن فلا وجه للتفريق؛ إذ المفروضالإبراء، وهو لا يتصوّر إلّا مع الاشتغال، فلا تكون الاُجره مجهوله . (تقى القمّى).

۸- ۸. بل الظاهر صحّته؛ فإنّ البراءه إنّما هى فى الآن المتأخِّر عن زمان الاشتغال، فلاجهل بمقدار مال الإجاره أصلًا . (الخوئى). * لو فرضنا صحّه أصل اشتراط البراءه، فلا إشكال من هذه الجهه؛ فإنّ سقوطمقدارٍ من مال الإجاره بعد الاشتغال لا يوجب الجهل حين العقد . (حسن القمّى). * هذا يتمّ لو كان المراد من الشرط عدم اشتغال الذمّه به، وأمّا لو كان المرادالسقوط عنها بعد الاشتغال فالظاهر الصحّه . (الروحانى).

۹- ۹. إذا كان مضمون الشرط عدم اشتغال ذمّته بالزائد من الأوّل، وإلّا فلو رجع إلى إسقاط ما وجب من حين العقد نحو ترتّب العلّه على المعلول فلا يلزم إلّا محذورالجهل السابق . (آقا ضياء). * يؤول إليه إن كان مورد البراءه أصل ثبوت مال الإجاره حدوثاً، وأمّا إن كانموردها السقوط بعد الثبوت ولو فى الجمله فلا يؤول إليه . (السبزوارى). * مورد كلام المصنّف ظهور النقص كاشفاً عن البراءه عن المقدار المعيّن من الأوّل،فحينئذٍ يولد إلى الجهل بمقدار مال الإجاره، وأمّا فرض السقوط عن الذمّه بعدالاشتغال أو السقوط بعد الثبوت أو غير ذلك من التفاسير خلاف ظاهر كلامالمصنّف، فلا بأس بما أفاده، كما لا يخفى . (مفتى الشيعه).

الإجاره حین العقد.

السادسه عشره: إجاره الأرض مدّه بتعمیرها

السـادسه عشـره : یجوز إجاره الأرض(۱) مـدّهً معلومهً(۲) بتعمیرها(۳) وإعمـال عملٍ فیها(۴) : من کری الأنهـار، وتنقیه الآبـار، وغرس الأشجار، ونحو

ص: ۹۸

۱- ۱. إذا لم تکن غَرریّه . (الفانی). * هذا إذا کان العمل معیّناً کمّاً وکیفاً . (الخوئی).

۲- ۲. ومعلومیّه سائر ما یعتبر علمه . (السبزواری).

۳- ۳. مع معلـومیّه حـدودها بنحو لاـ یلزم غَرر فی عقـدها . (آقـا ضـیاء). * مع معلومیّتهمـا علی وجهٍ یرتفع بـه الغَرر . (الإصـطهباناتی). * مع معلومیّه حـدود الأرض والتعمیر . (مهـدی الشـیرازی). * مع معلومیّه حدودها بنحوٍ یرفع الغَرر . (عبدالله الشـیرازی). * مع التعیین علی وجهٍ یرتفع به الغَرر . (الخمینی). * بشـرط معلومیّتهـا بحیث لاـ یلزم الغَرر . (المرعشـی). * مع تعیین العمل علی وجهٍ یرتفع به الغَرر . (محمّد رضا الگلپایگانی). * ومعلومیّه التعمیر والعمل من حیث الکمّ والکیف علی وجهٍ یرتفع الضرر به .(مفتی الشیعه).

۴- ۴. مع تعیینهمـا علی وجهٍ یرتفـع معه الغَرر . (الـبروجردی).. * بشـرط تعیینهـا من حیث الکمّ والکیف بنحوٍ یرتفع الغَرر . (البجنوردی). * مع التعیین علی نحو یرتفع به الغَرر . (اللنکرانی).

ذلك، وعليه يُحمَل(۱) قوله عليه السلام(۲) : «لا بأس بقباله الأرض من أهلها بعشرين سنةً أو أكثر، فيعمرها ويودّى ما خرج عليها»(الكافى: ۵/۲۶۹ باب قباله أهل الذمّه، ح۳، عنه وسائل الشيعه: الباب (۹۳) من أبواب مايكتسب به، ح۳.) ، ونحوه غيره.

السابعه عشره: أخذ الأُجره على الطبابه

السابعه عشره : لا بأس بأخذ الأُجره على الطبابه وإن كانت من الواجبات الكفائيّه؛ لأنّها كسائر(۳) الصنائع(۴) واجبه(۵) بالعوض(۶) ؛

ص: ۹۹

۱- ۱. وللروايه محامل اُخر، والأظهر أنّها ناظره إلى قباله الأرض، وهى معامله مستقلّهمضمونها تمليك المالك منفعه العين للعامل، وتفويضه العمل فيها بلا معاوضهمخصوصه كانت كثيره الرواج فى الأوائل . (المرعشى).

۲- ۲. الروايه منقوله بالمعنى . (الخوئى). * قوله عليه السلام يفيد المراد . (تقى القمّى). * الإجاره المذكوره صحيحه، إلّا أنّ فى حمل النصوص المتضمّنه لما نقله عنه عليه السلام على ذلك كلاماً محرّراً فى محلّه . (الروحانى).

۳- ۳. الأقرب فى مقام التعليل أن يقال : إنّ الكفائيّات حيث يراد بها إلزام مَن عليها أن لايمنع المحتاجين إليها فلا مخرج للعمل عن ملك العامل، فلا بأس بأخذ الأُجره عليمعاوضه العمل الباقى فى ملكه . (المرعشى).

۴- ۴. الأولى الاستدلال للجواز بعدم قيام دليلٍ على حرمه أخذ الأُجره على الواجبات .(الفانى).

۵- ۵. فى الوجوب الشرعىّ فى مثل المقامات إشكال، بل منع . (الخمينى).

۶- ۶. بل لأنّ وجوبها لَمّا كان عبارةً اُخرى عن الإلزام بعدم حبسها عمّن يحتاج إليها فليس هو مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه، ويجوز أخذ الأُجره عليه حَذوَ سائرالأعمال . (النائينى). * بل لأنّ وجوبها لَمّا كان عبارةً اُخرى عن الإلزام بعدم حبسها عمّن يحتاجإليهما فليس هو مخرجاً لذات العمل عن ملك مالكه، ويجوز أخذ الأُجره عليه حَذوَسائر الأعمال . (جمال الدين الگلپايگانى). * الأولى أن يعلّل بأنّ وجوبها لمّا كان عباره عن الإلزام بعدم منعها عمّن يحتاجإليها فليس موجباً لخروج ذات العمل عن ملك مالكه، فيجوز أخذ الأُجره عليه نظيرباقى الأعمال . (الإصطهباناتى). * بل لأنّ وجوب شىءٍ لا ينافى جواز أخذ الأُجره عليه، إلّا أن يثبت (فى الأصل (ثبت) ، والأصحّ ما أثبتناه .) من الشرعلزوم إتيانه مجّاناً . (حسن القمّى). * فى العباره مسامحه . (اللنكرانى).

لانتظام(۱) نظام معايش العباد، بل يجوز وإن وجبت عيناً؛ لعـدم مَن يقوم بها غيره، ويجوز اشتراط كون الـدواء عليه مع التعيين الرافع للغَرر، ويجوز أيضاً مقاطعته على المعالجه إلى مدّهٍ(۲) أو(۳)

۱- ۱. ويجوز التعليـل بأنّ الواجب الكفائىّ عمل سائر الأعمال من جهه عـدم خروجهعن ملك المالك؛ لأنّ المكلّف ملزم بعـدم حبسه عمّن يفتقر إليه، فيجوز أخذ الاُجرهعليه، فهذا التعليل أولى من المذكور . (مفتى الشيعه).

۲- ۲. أى معيّنه، وفى صوره الإطلاق مشكل . (اللنكرانى).

۳- ۳. فى صوره عدم تعيّن المدّه صحّه الإجاره لا تخلو من إشكال؛ لِلزوم الغَرر،وجهاله مقدار العمل . (البجنوردى).

مطلقاً(۱) ، بل يجوز المقاطعه(۲) . . . .

ص: ۱۰۱

۱- ۱. مع عدم تعيين المدّه يشكل صحّه الإجاره، نعم، لو كان بعنوان الجعاله لا بأس به .(الإصفهانى). * مع عدم تعيين المدّه صحّه الإجاره ممنوعه . (الإصطهباناتی). * مع عدم تعيين المدّه لاـ تصحّ الإجاره . (البروجردى، أحمد الخونسارى). * لا تصحّ الإجاره مع الجهل بالمدّه، ولا بقيد البُرء أو بشرطه إلّا مع العلم بهحصولاً وأمداً . (مهدى الشيرازى). * فيه إشكال . (عبدالهادى الشيرازى). * مشكل مع عدم تعيين المدّه . (الخمينى). * فيه إشكال، والأقوى عدم كونها إجارةً فى صوره عدم تعيين المدّه، نعم، احتمالكونها جعالةً قوىّ . (المرعشى). * بشرط أن لا تكون المعامله غَرريّه . (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كان فى البَين تعيين نوعىّ بالنسبه إلى المدّه، وإلّا يشكل صحّه الإجاره .(السبزوارى). * إطلاق الحكم فيه وفى ما بعده لا يخلو من إشكال، نعم، كلّ ذلك على الجعاله لاإشكال فيه؛ لأنّ الجعاله لاـ تتضمّن إلزاماً على العامل، بل يلتزم بها الجاعل شيئاًللعامل على تقدير خاصّ . (حسن القمّى). * إذا كان نوع العمل متعيّناً، كمعالجه العين المبتلاه بالمرض الخاصّ، فلا يحتاج إليتعين المدّه، وإلّا فصحّه الإجاره محلّ إشكال . (مفتى الشيعه).

۲- ۲. فيه إشكال، سواء جعل البُرء غايةً لزمان الإجاره بأن استأجره للمعالجه إلى زمانالبرء أو قيداً للعمل بأن يكون متعلّق الإجاره المعالجه الموديّه إلى البرء، أو شرطاًبأن استأجره على المعالجه إلى مدّه كذا على أن تودّى إلى البرء للجهاله فى الأوّل،وعدم القدره على العمل المقيّد فى الثانى، وعلى الشرط فى الثالث، نعم، بناءً عليعدم مفسديّه الشرط الفاسد تصحّ الإجاره فى الأخير ويلغو الشرط . (الإصفهانى). * لا يصحّ مع عدم تعيّن المدّه . (عبدالله الشيرازى). * إذا كان العمل ممّا يتعارف بحسب النوع بترتّب البرء عليه من الأسباب المعهودهالّتى هى اختياريّه للمعالج فحينئذٍ يصدق على البرء أنّه فعل اختيارى بالواسطه،وإن كان هذا الترتّب من قدرته وإرادته تعالى « أبى اللهُ أن يُجرىَ الاُمورَ إلّابأسبابها »(تفسير الميزان : ۱/۴۰ ، شرح اُصول الكافى : ۴/۲۰۵ ، مجمع البحرين : ۲/۵۶۵ ، (ماده ش ى أ).) ، فما أفادته جماعه من الأعاظم من الإشكالات ليس فى محلّه، فتأمّل (مفتى الشيعه).

علیها بقید البُرء(۱) أو(۲) . . . .

۱- ۱. لو قاطعه علیها بقید البُرء فمقتضی اعتبار المقدوریّه فی متعلّق الإجاره هوفسادها من أصله، ولو جعله شرطاً فی ضمن العقد فمقتضـی اعتبارها فی صحّهالشرط أیضاً هو فساد الاشتراط به، وبناءً علی ما هو أصحّ الوجوه عند فسادالشرط من ثبوت الخیار به وجریـان تعـذّره الشـرعیّ لمکان الفساد مجری التعـذّرالعقلیّ فی ذلک فالمتّجه فی المقام حینئـذٍ ثبوت الخیار للشارط، وإن کان عالماًبفساد الشـرط علی الأقوی . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * الأقوی عدم صحّه الإجاره علیها مقیّده بالبرء؛ فإنّه وإن کان ربّما یحصلبمقدّمات اختیاریّه لکنّ حصوله اتّفاقیّ، فالمعامله علیه غرریّه، نعم، تصحّ الجعالهعلیها کذلک؛ لِما مرّ فی المسأله العاشـره . (البروجردی). * بـأن تقع الإجـاره علی حصّهٍ خـاصّهٍ من المعـالجه، وهی المؤثّره فی البرء،دون ما لم یؤثّر فیه، وهـذه الحصّه معلومه من حیث الوصف والحقیقه وإن لم یُعلمبتحقّقهـا خارجـاً . (الفانی). * مع الوثوق بحصوله بحیث یـدفع به الغَرر، وکذا فی الشرط، لکنّ الأحوط أنیکون القرار بنحو الجعاله . (الخمینی).

۲- ۲. الظاهر عدم صـحّه هذه المعامله بعنوان الإجاره، سواء کان بقید البُرء، أم بشرطه؛ لأنّ البرء لیس فعلًا اختیاریّاً، وکون بعض مقـدّماته اختیـاریّهً مع کون البعضالآـخر غیر اختیـاریّهٍ لاـ یفیـد فی اختیـاریه الفعـل، نعم، لو کـان جمیع مقـدّماتهااختیاریّهً فالفعل اختیاریّ، ولکنّ البرء لیس کذلک، إلّا أن یکون بعنوان الجعاله،لا الإجاره . (البجنوردی).

بشرطه(۱) إذا كان مظنوناً(۲) بل مطلقاً(۳) ، وما قيل من(۴) عـدم جواز ذلك؛ لأنّ البُرء بيـد الله فليس اختياريّاً له، وأنّ اللازم مع إراده ذلك أن يكون بعنوان الجعاله(۵) ،

ص: ۱۰۳

۱- ۱. لا تصحّ هذه المعامله إلّا بعنوان الجعاله . (عبدالهادی الشیرازی).

۲- ۲. بمقـدارٍ لا يلزم معه الغَرر عرفاً . (آقا ضـياء). * بمقـدارٍ يرفع به الغَرر، وإلّا لا يصـحّ إلّا بعنوان الجعاله، وقـد مرّ الفرق بين الإجارهوالجعاله . (عبـدالله الشـیرازی). * بشـرط حصول الوثوق والطمأنينه الـدافع للغَرر . (المرعشـی). * مشـكل، بل لابدّ أن يكون البرء مورداً للاطمئنـان حتّى يصـحّ الا ـلتزام بهويبـذل بلحـاظه المـال، ولا ـ يكون غَرراً، نعم، لا ـ مـانع من الجعاله عليها بقيد البرءأو بشـرطه مطلقـاً . (محمّـد رضـا الگلپايگـانی). * بنحوٍ يرتفع به الغَرر عرفـاً . (السبزواری). * بـل إذا كان مطمئنّاً به، وإلّا فيشكل الحكم بالصحّه . (الروحانی).

۳- ۳. فيه إشـكال . (المرعشـی). * يشـكل الحكم بالصـحّه فی فرض التقييـد مع الظنّ بـالبرء أيضـاً، نعم، لا ـ تبعـد الصـحّهمع الاطمئنان به . (الخوئی). * إنّما يصحّ ذلك جعالهً، لا إجاره . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. وهو الحقّ . (الكوه كَمَری).

۵- ۵. بـأن يقع القرار بين المريض والطبيب بأنّه لو عالجه وأدّت معالجته إلى البرء فلهالجعل الفلانیّ، نظير ما إذا قيل لشـخص : « لو تفحّصت عن دابّتی وظفرت بهـا فلككـذا » ، مع أنّ الظفر لهـا غير معلوم، وإنّمـا يترتّب على فحصه بضـربٍ من الاتّفـاق، إلّاأنّ ذلك لا يضـرّ فی باب الجعاله . (الإصفهانی). * الأقوى فی الجعاله الصحّه . (الكوه كَمَری). * الفرق بين الجعاله والإجاره هو : أنّه لايلزم أن يكون جميع مقدّمات الفعل فيالجعاله اختياريّاً، بخلاف الإجاره، كما تقدّم . (البجنوردی).

لا الإجاره فيه أنّه(۱) يكفى(۲) كون مقدّماته(۳) العاديّه

۱- ۱. إذا كـان الفعل التوليـديّ مترتّباً على المقـدّمات الاختياريّه على نحوٍ لا ينفكّ عادهًعنه صـحّت الإجاره عليه، وأمّا إذا كان اتّفاقيّاً أو قد يتخلّف ــ كما فى المقام ــفالظاهر عدم الصحّه؛ لأنّ المعامله حينئذٍ غَرريّه . (صدرالدين الصدر).

۲- ۲. فيه : أنّه إنّما يكفى فى اختياريّه الاُمور التسبيبيّه ومقـدوريّتها كون جميعمقـدّماتها اختياريّهً، مثل الاحتراق الحاصل بالإلقاء فى النار، والقتل الحاصلبقطع الرقبه مثلاً، وهكـذا، وفى ما نحن فيه ليس كـذلك؛ فإنّ من جملهمقدّمات حصول البرء هو إرادته تعـالى وكونه بيـده، وهو خـارج عن اختيـار العبـد،فلاـ يكون مقـدوراً له هـذا إذا كان حصول البرء مورداً للإجاره، وأمّا إذا كان شرطاًفبناءً على مفسديّه الشـرط الفاسد فحاله حال جعله قيداً، وأمّا بناءً على عدمها فيلغوالشـرط، وتصحّ الإجاره . (الإصطهباناتى). * فيه نظر لو جعـل حصول البرء قيـداً مطلقـاً، وإن جعـل شـرطاً فبنـاءً على مفسديّهالشـرط الفاسـد، وإلّا فالشـرط لغو، والإجاره صحيحه . (المرعشى).

۳- ۳. إنّما يكفى اختياريّه المقـدّمات فى اختياريّه ذِيها إذا كان كمخيطه الثوب مثلاً أثراًمتولّداً منها، ولم يتوسّط فى البَين مقدّمه اُخرى غير اختيـاريّه، وإلّـا كـانت هى الأـخيرمن أجزاء علّتـه، واسـتند الأـثر إليهـا، ويكـون تابعـاً لهـا فى عــدم المقــدوريّه، ولا يصـحّالالتزام به بالإجـاره مثلاًـ والاـشتراط، أو غير ذلك، وظاهر أنّ برء المريض وكذاسـمن الـدابّه ونحوهما من ذلك، نعم، لمّا كـانت الجعـاله لاـ تتضـمّن إلزامـاً عليالعامـل،وكـان المنشأ بهـا هـو الاـلتزام لـه على تقـدير خـاصٍّ فـالفرق بينهـا وبيـن الإجـاره وكذلكالشرط فى ضمن العقد من هذه الجهه ظاهر . (جمال الدين الگلپايگانى).

اختياريّه[۱] ، ولا يضرّ التخلّف[۲] فى بعض الأوقات، كيف؟ وإلّا لم يصحّ[۳] بعنوان الجعاله[۴] أيضاً[۵] .

ص: ۱۰۵

۱- ۱. إنّما يكفى اختياريّه المقدّمات فى اختياريّه ذِيها إذا كان كمخيطيّه الثوب مثلاً أثراًمتولّداً منها، ولم يتوسّط فى البَين مقدّمه أُخرى غير اختيــاريّه، وإلّا كـانت هى الأـخيرمن أجزاء علّتـه، واســتند الأـثر إليهـا، ويكـون تابعـاً لهـا فى عــدم المقــدوريّه، ولا يصـحّالالتزام به بالإجاره مثلاً، أو الاشتراط، أو غير ذلك، وظاهر أنّ برء المريض وكذاسـمن الدابّه ونحوهما من ذلك، نعم، لمّا كانت الجعاله لا تتضـمّن إلزاماً عليالعاملوكان المنشأ بها هو الالتزام له على تقدير خاصٍّ فالفرق بينها وبين الإجاره وكذلكالشرط فى ضمن العقد من هذه الجهه ظاهر . (النائينى). * مع كون غير الاختياريّه منها متحقّقاً . (المرعشى).

۲- ۲. أى تخلّف غير الاختيارىّ من المقدّمات، وعدم تحقّقها فى ظرفها أحياناً لا يضرّباختياريّه الفعل وذى المقدّمه . (المرعشى).

۳- ۳. بل يصحّ؛ لتحمّل الجعاله من الضرر ما لا يتحمّله غيرها . (السبزوارى).

۴- ۴. الملازمه ممنوعه، والفارق هو كون المسـتأجِر مالكاً للمسـتأجَر عليه، بخلافالجاعل فإنّه لا يسـتحقّ على العامل شـيئاً، وإنّما يعمل هو باختياره بترقّب الفائده .(الإصطهباناتى).

۵- ۵. الفرق بين الجعـاله والإجاره من هـذه الجهه ظاهر . (الخوئى). * بل الظاهر يصـحّ؛ لوجود المايز بين الجعاله والإجاره مع فرض البرء فعلاًـ غيراختيـارىّ؛ لأـن ذلـك لاـ يضـرّ فى بـاب الجعاله، نظير الظفر على الضالّه فى صورهاشتراطه فى إعطاء الجعل، فتحمّل الجعاله ما لا تتحمّله الإجاره من الضرر .(مفتى الشيعه).

الثامنه عشره: الإجاره علی ختم القرآن

الثامنه عشره : إذا استُوجِر لختم القرآن(۱) لا(۲) یجب(۳) أن یقرأه(۴)

ص: ۱۰۶

۱- ۱. لابدّ من الرجوع إلی المتعارف إذا لم یکن شرط أو تصریح بالإطلاق فی المقام،ثمّ الرجوع إلی الإطلاق اللفظیّ، ویکون الحکم حینئذٍ کما فی المتن . (الفانی).

۲- ۲. بل یجب؛ فإنّ رعایه الترتیب فی السور والآیات مرکوزه فی الأذهان بحسبالانصراف، والتخطّی یحتاج إلی قیام دلیلٍ علیه . (تقی القمّی).

۳- ۳. الأحوط أن یقرأ مرتّباً، بل لا یبعد أن ینصرف إلیه إطلاقه، نعم، لو اتّفق الغلط فیبعض الآیات لا یبعد کفایه إعادته . (النائینی). * الأحوط بل الأقوی قراءته مرتّباً، نعم، إذا وقع فیه غلط یکفی إعادته صحیحه .(صدرالدین الصدر). * الأحوط أن یقرؤه مرتّباً، بل لا یبعد أن ینصرف إلیه إطلاقه، نعم، لو اتّفق الغلطفی بعض الآیات، لا یبعد کفایه إعادته . (جمال الدین الگلپایگانی). * إلّا إذا کان التعارف موجباً للانصراف، کما هو کذلک ظاهراً، نعم، لو اتّفق الغلطفی بعض الآیات فالظاهر کفایه إعادته، ولا یلزم إعاده ما بعده، وکذا لو نَسِیَوخالف الترتیب . (الخمینی). * إذا لم یکن هناک قرینه خاصّه، أو تعارف موجب للانصراف إلی القراءه المرتّبه،وکذا بالإضافه إلی آیات سورهٍ واحده، وکفایه قراءه الآیه المنسیّه فقط بعد التذکّر،أو الّتی قرأها غلطاً بعد العلم لا دلاله فیها علی عدم لزوم رعایه الترتیب مطلقاً .(اللنکرانی).

۴- ۴. إلّا مع انصراف عقد الإجاره إلیه کما هو الغالب، وإن أمکن مع ذلک دعوی کفایهما نسی من آیه أو آیتین مثلاً بعد تذکّره؛ لعدم إضراره بالترتیب العرفیّ المنصرفإلیه اللفظ، ومنه ظهر حال ما لو شرط الترتیب صریحاً فی متن العقد، ولکنّ الأحوطمع ذلک وجوب الإعاده . (آقا ضیاء). * إلّا أن یکون هناک ما یوجب انصراف الإطلاق إلیه . (أحمد الخونساری). * الأحوط أن یقرأ مرتّباً، بل لا یبعد أن ینصرف إلیه إطلاقه . (حسن القمّی).

مرتّباً(۱) بالشروع(۲) من «الفاتحه» والختم بسوره «الناس»، بل يجوز أن

۱- ۱. الظاهر انصراف الإجاره إلى المتعارف، وهو القراءه مرتّباً، إلّا أن تقوم قرينه عليخلافه . (الكوه كَمَرى). * إلّا أن يكون هناك تعارف ينصرف الإطلاق إليه . (الإصطهباناتى). * إلّا أن يكون هناك تعارف يوجب انصراف الإطلاق إليه . (البروجردى). * إلّا إذا انصرف الإطلاق إلى الترتيب، وأمّا وقوع الغلط من حيث المادّه أو الهيئهأو الإعراب أو إسقاط حرف بل أو كلمه إذا وقعت المذكورات سهواً ولم يكنزائداً على المتعارف من وقوع هذه الأشياء فلا يوجب الإعاده، إلّا أن يشترطعدمها بالمرّه . (البجنوردى). * بل الأقوى؛ حيث لا قرينه على إراده خلاف الترتيب وجوب القراءه مرتّباً،كما هو المنصرف إليه من الإطلاق، مضافاً إلى كونه متعارفاً، وعليه سيرهالمتشرّعه بحيث يعدّون القارئ له من ظهر القلب على خلاف الترتيب منالنوادر والشواذّ . (المرعشى). * فيه إشكال، وأولى منه بالإشكال تجويزه عدم رعايه الترتيب فى آيات السوره،بل الظاهر هو الانصراف إلى القراءه المرتّبه، ولا سيّما فى الفرض الثانى . (الخوئى). * بل يقرأ مرتّباً؛ لانصراف إطلاق الإجاره إليه كما هو المتعارف، نعم، لا بأسبخلاف الترتيب مع القرينه على عدم لزومه . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل يجب الترتيب؛ للانصراف العرفىّ إليه، اللهمّ إلّا إذا لم يكن هذا التعارف فيمورد، أو نصب قرينه على الخلاف . (محمّد الشيرازى). * الظاهر لزوم ذلك من جهه الانصراف إلى القراءه المرتّبه . (الروحانى). * هذا وما بعده محلّ إشكال، والأحوط الجَرى على المتعارف فى ترتيبالقرآن والسوره والأدعيه والزياره، وهكذا فى كتابتها، وكذا فى صحّهقراءتها . (مفتى الشيعه).

۲- ۲. لا يبعد الانصراف عرفاً إلى القراءه مع الوصفَين؛ فإنّها المتعارف . (الفيروزآبادى). * إذا لم يكن الترتيب منصرفاً إليه ولو من جهه المعمول . (عبدالله الشيرازى).

يقرأ(۱) سورةً فسورةً(۲) على خلاف الترتيب، بل يجوز عدم(۳) رعايه الترتيب(۴) فى آيات السوره أيضاً؛ ولهذا إذا علم(۵) بعد الإتمام(۶) أنّه قرأ الآيه الكذائيّه غلطاً أو نسى قراءتها يكفيه(۷) قراءتها فقط(۸) .

نعم، لو اشتُرِط عليه الترتيب(۹) . . . .

ص: ۱۰۸

۱- ۱. بل لا يجوز، إلّا فى صوره وجود القرينه . (المرعشى).

۲- ۲. لا يخلو من إشكال، خصوصاً بالنسبه إلى عدم رعايه ترتيب الآيات، ولا ينافيهكفايه قراءه الآيه الّتى نسيها أو قرأها غلطاً إذا تذكّر بعد الفراغ من السوره أو ختمالقرآن، كما لا يخفى . (الشريعتمدارى).

۳- ۳. بل لا يجوز إلّا فى تلك الصوره . (المرعشى).

۴- ۴. كلّ ما ذكره قدس سره مشكل، والأحوط بل الأقوى الجَرى على المتعارف فى الترتيبوالصحّه وغيرهما . (كاشف الغطاء).

۵- ۵. هذه الثمره غير مترتّبةٍ على ما ذكره، بل هى من فروع ما سيُصرِّح بقوله : « ولوعلم إجمالاً ...» إلى آخره، إلّا أن يكون مراده هنا العلم التفصيليّ بالغلط حينالقراءه . (السبزوارى).

۶- ۶. إذا كانت الإجاره على قراءه القرآن على النحو المتعارف كفى ذلك بلا حاجه إليالإعاده، وإن كانت على قراءه القرآن صحيحةً كفى قراءه تلك الآيه صحيحه ثانيه؛لعدم الانصراف إلى اعتبار الترتيب فى هذا الفرض . (الخوئى).

۷- ۷. لا يبعد أن يقال بعدم الحاجه إلى الإعاده إذا كانت الإجاره على المتعارف منالقراءه . (تقى القمّى).

۸- ۸. كفايه قراءه الآيه أو السوره المنسيّتين أو المقروءتين غلطاً لا يلازم تعمّد ذلك؛للانصراف فى الطرفَين . (محمّد الشيرازى).

۹- ۹. أو كان الترتيب منصرفاً إليه . (الحائرى). * أو انصرف إليه الإطلاق، أو لم يعلم منه أزيد من ذلك . (مهدى الشيرازى). * بل ولو لم يشترط إلّا فى تلك الصوره . (المرعشى). * أو كان هناك تعارف وانصراف، والظاهر تحقّقه بالنسبه إلى الآيات، بل بالنسبهإلى الكلّ أيضاً، وكذا الكلام فى الأدعيه والزيارات ونحوها . (السبزوارى).

وجب مراعاته(۱) .

ولو علم إجمالاً بعد الإتمام أنّه قرأ بعض الآيات غلطاً من حيث الإعراب، أو من حيث عدم أداء الحرف من مخرجه، أو من حيث المادّه فلا يبعد كفايته(۲) ، وعدم وجوب الإعاده؛ لأنّ اللازم القراءه على المتعارف والمعتاد، ومن المعلوم وقوع ذلك من القارئين غالباً إلّا مَن شذّ منهم.

نعم، لو اشترط المستأجر عدم الغلط أصلاً لزم عليه الإعاده مع العلم به فی الجمله، وكذا الكلام(۳) فی الاستئجار لبعض الزيارات المأثوره أو غيرها، وكذا فی الاستئجار لكتابه كتابٍ أو قرآنٍ أو دعاءٍ أو نحوها لا يضرّ(۴) فی استحقاق الاُجره إسقاط كلمهٍ(۵)

۱- ۱. وكذا إذا كان تعارفٌ انصرف إليه الإطلاق . (الإصفهانی). * أو كان هناك تعارف انصرف إليه الإطلاق على الأحوط . (مفتی الشيعه).

۲- ۲. مع كونه غير معتدٍّ به . (الخمينی).

۳- ۳. الكلام فيه هو الكلام فی قراءه القرآن الشريف، والمختار فيه المختار فيها .(المرعشی).

۴- ۴. إذا لم يخرج عن المتعارف . (صدرالدين الصدر).

۵- ۵. إذا كان سهواً وغير زائدٍ على ما هو المتعارف وقوعه كذلك من الكتاب .(الإصطهباناتی). * إذا وقعت بغير عمدٍ ولم تكن زائدهً على المتعارف، ومع ذلك لو أمكن التصحيحفالأحوط ذلك مع عدم الحرج . (الخمينی). * إذا كان سهواً بمقدار المتعارف . (محمّد رضا الگلپايگانی). * إذا لم يكن عن عمدٍ . (اللنكرانی).

أو حرفٍ(۱) أو كتابتهما غلطاً(۲) .

التاسعه عشره: توزيع المسافه فی إجاره الحجّ البلدی علی متعدّدين

التاسعه عشره : لا يجوز(۳) فی الاستئجار(۴) للحجّ البلدیّ أن يستأجِر شخصاً من بلد الميّت إلی النجف، وشخصاً آخر من النجف إلی مكّه؛ أو إلی الميقات، وشخصاً آخر منه إلی مكّه؛ إذ اللازم أن يكون قصد الموجِر من البلد الحجّ، والمفروض أنّ مقصده النجف مثلاً، وهكذا، فما أتی به من السير ليس مقدّمهً للحجّ، وهو نظير أن يستأجِر شخصاً لعمره التمتّع وشخصاً آخر للحجّ(۵) ،

۱- ۱. إذا وقعت علی وجه السهو، ولم تكن زائدهً علی ما يتعارف وقوعها من الكتّابالمتحفّظين . (عبدالله الشيرازی). * علی النحو المتعارف . (الفانی). * مع كونه فی مقام الدِقّه والمراعاه عرفاً . (السبزواری).

۲- ۲. إذا وقعت علی وجه السهو، ولم تكن زائدهً علی ما يتعارف وقوعها من الكتّابالمتحفّظين . (البروجردی).

۳- ۳. الأقوی جوازه، ولا يبعد أن يكون ما أفتی به من عدم الجواز مبتيّاً علی ما اختارهفی الاُصول من تخصيص وجوب المقدّمه بالموصله . (النائينی، جمال الدينالگلپايگانی).

۴- ۴. الأقوی جوازه فی بعض الفروض . (المرعشی). * لأنّ الظاهر من ملاحظه دليل الحجّ البلدیّ هو الاستئجار المتعارف بحجّ النايبالواحد من البلد، فالاستئجار المتفرّق خلاف ظاهر الدليل . (مفتی الشيعه).

۵- ۵. هذا المثال وما بعده من التفكيك بين أجزاء مركّبٍ واحدٍ وعدم صحّه التفكيكبينهما لا يستلزم عدمها فی المقام الّذی هو من التفكيك فی المقدّمه، وعُمده الدليلعلی عدم الجواز فی المقام ظهور دليل الحجّ البلدیّ فی وحده النائب . (السبزواری).

ومعلوم أنّه مشكل(۱) ، بل اللازم(۲) على القائل(۳) بكفايته(۴) أن يقول(۵)

۱- ۱. بـل لو قلنا بجواز الثانى لا نقول بجواز الأوّل . (الإصـفهانى). * لا إشـكال فى جواز التبعيض فى النيابه بالنسـبه إلى عمره التمتّع والحجّ؛ إذ ليسالعمره بالنسبه (فى أصل النسـخه (بالنسـيه) ، وهو تصـحيف، والصـحيح ما أثبتناه .) إلى الحـجّ كالركعه الاُولى بالنسبه إلى الثـانيه لصـلاه الصـبح مثلاً، نعم،الأمر فى المقيس كما فى المتن . (الفانى). * إشـكاله أهون من الأوّل . (الخمينى). * بل الجواز فى الأوّل أشكل . (مفتى الشيعه).

۲- ۲. فيه ما لا يخفى . (الخمينى). * لا يلزم ذلك . (الخوئى). * فيه منع . (اللنكرانى).

۳- ۳. هـذا قيـاس غريب، بل قياس مع الفارق، ضـروره أنّ الحـجّ لو انفرد عن العمره لايبطل، بل من حقّه أن ينفرد فكيف يقاس بالصلاه الواحده الّتى لا يجوز التفريق بينركعاتها أبداً، أمّا الاستئجار للحجّ البلدىّ متفرّقاً فلا مانع منه، ولكن لو أوصى بحجّبلديّ وأطلق انصرف إلى المتعارف . (كاشف الغطاء).

۴- ۴. الملازمه ممنوعه جدّاً، كما أنّ ما اُفيد فى وجه عدم الاجتزاء بالمتعدّد أيضاً نظرواضح . (آقا ضياء).

۵- ۵. لا ملازمه بين القولين؛ إذ فى الأوّل قطع كـلّ قطعهٍ من المسافه غيريّاً، بخلافالثانى فإنّ إتيان الركعه الواحـده من الصـلاه عمل لغو لا فائده فيه، ويكون أكل المالبإزائه أكل للمال بالباطل، وأمّا عمره التمتّع لو قلنا بأنّه مع الحجّ عمل واحد وواجبارتباطىّ واحـد فحالها حال ركعات الصـلاه، وإلّا فلا، إلّا أن يـدلّ دليل على عدمجوازالتفكيك بينهما فى النيابه تعبّداً . (البجنوردى). * القياس ليس فى محلّه؛ لأنّ الفرق بين الأقسام المـذكوره واضحٌ؛ وذلك أنّ فى مسأله العمره والحجّ على القول بأنّهما عمل واحد يكون حكمهـا حكم ركعاتالصـلاه فى كونها واجباً ارتباطيّاً، فلا يجوز التفكيك بينهما، وعلى القول بأنّهماعملان مسـتقلّان يجوز التفكيـك بينهمـا فى استئجـار، إلّا أن يقوم الـدليل التعبّـدى عليعـدم جوازه، وأمّا فى الركعات للصـلاه فإنّها ارتباطيّه، فإتيان كلّ ركعهٍ من شخصٍ منفرداً عمـل لغو، وأمّا فى ما نحن فيه فقطع المسافه واجب غيرىّ مسـتقلّ يجوزالتفكيك فى مثل هـذا التركيب، ولكنّ المانع من هذا ظهور دليل الحجّ البلدىّ فيماذكرناه . (مفتى الشيعه).

بکفایه استئجار شخصٍ للرکعه الأُولی من الصلاه وشخصٍ آخر للثانیه، وهکذا.

العشرون: حکم الإخلال السهوی فی الصلاه الاستئجاریّه إذا لم یکن مبطلاً لها

متمّم العشرین : إذا استُوجِر للصلاه(۱) عن المیّت فصلّی ونقص من صلاته(۲) بعض الواجبات الغیر الرکنیّه سهواً: فإن لم یکن زائـداً علی القدر المتعارف الّذی قد یتّفق أمکن أن یقال: لا ینقص(۳) من اُجرته(۴) شیء(۵) ، وإن کان الناقص من الواجبات والمستحبّات المتعارفه أزید من المقدار

ص: ۱۱۲

۱- ۱. راجع تعلیقتنا علی المسأله (۲۸) من صلاه الاستئجار . (الفانی).

۲- ۲. تقدّم الکلام فیه فی صـلاه الاستئجار (وفی تعلیقه اُخری منه ؛ فی نسـخهٍ اُخری : (تقدّم الکلام فیه فی بحث القضاء).). (الخوئی). * تقدّم الکلام فیه فی بحث القضاء . (الروحانی).

۳- ۳. مع تدارکه بعد الإتمام إن کان ممّا یتدارک ولو بسجده السهو . (صدرالدین الصدر).

۴- ۴. إلّا إذااشترط علیه عدم النقص، فإذا خالف الشرط ولو عن غیر عمله یکونالخیار للمستأجِر . (البجنوردی).

۵- ۵. نعم، فی صوره اشتراط عدم النقص لو نقص سهواً أو جهلاً یکون للمستأجِر خیارالفسخ . (مفتی الشیعه).

المتعارف ينقص(۱) من الاُجره بمقـداره(۲) ، إلّا أن يكون(۳) المسـتأجر عليه الصلاه الصحيحه(۴) المُبرِئه للذمّه(۵) ، ونظير ذلک إذا استُوجِر(۶) للحجّ(۷)

ص: ۱۱۳

۱- ۱. بل لا ینقص، إلّا إذا أوقع الإجاره علی نحوٍ یوزّع علی أجزاء الصلاه ولم یکنالجزء المنسیّ قابلًا للتدارک . (الخمینی). * فی إطلاقه منع . (حسن القمّی). * الظاهر أنّه لا وجه للنقصان مع عـدم انحلال العقـد بالفسـخ، کما هو المفروض .(تقی القمّی).

۲- ۲. إن لم یکن للنقص تدارک، وإلّا فالظاهر کفایه التدارک من دون نقصانٍ فی الاُجره .(محمّد رضا الگلپایگانی). * إذا لم یکن لذاک النقص تدارک شرعی، وإلّا فالظاهر کفایته دون نقصٍ فی الاُجره .(محمّد الشیرازی).

۳- ۳. لا یبعد أن ینصـرف إطلاق الاستئجار للصـلاه إلی ذلک، فلا ینقص منالاُجره حینئذٍ، إلّا مع التصریح بخلاف ذلک، بل لا یبعـد أن یکون فی باب الحجّأیضاً کـذلک، والحمـدُ لله ربّ العالمین، والصـلاه علی نبیّه وآله الطاهرین . (النائینی،جمال الـدین الگلپایگانی).

۴- ۴. کما هو المنصرف إلیه عند الإطلاق . (الکوه کَمَری).

۵- ۵. وکـذا إذا کـان طبیعه الصـلاه فإنّهـا صـادقه إذا کان النقص ممّا لا یضـرّ بصـحّتها، وکـذافی الحـجّ وإن مات بعـد الإحرام ودخول الحرم . (البروجردی).

۶- ۶. تقدّم ما یتعلّق به فی المسأله (۱۰) من کتاب الحجّ فصل النیابه، کما تقدّم مایتعلّق بالفرع الأوّل فی المسأله (۲۸) من کتاب الصلاه : فصل فی صلاه الاستئجار .(السبزواری).

۷- ۷. تقدّم الکلام فیه فی النیابه فی الحجّ . (حسن القمّی).

فمات بعـد الإحرام ودخول الحرم؛ حيث إنّ ذمّه الميّت تبرأ بـذلك، فإن كان المسـتأجر عليه ما يبرئ الذمّه اسـتحقّ تمام الاُجره، وإلّا فتوزّع(۱) ويستردّ(۲) ما يقابل(۳) بقيّه الأعمال.

تَمَّ كتاب الإجاره

* * *

ص: ۱۱۴

۱- ۱. بل يستحقّ الأجير تمام الاُجره مع الإطلاق . (الفيروزآبادی).

۲- ۲. بل مع الإطلاق أيضاً يستحقّ الأجير تمام الاُجره . (مفتی الشيعه).

۳- ۳. قـد مرّ فی الحـجّ أنّه لا يبعـد اسـتحقاق تمام الاُجره إذا مات فی الحرم بعد الإحرام،وإن كان أجيراً على الأعمال . (محمّد رضا الگلپايگانی).

كتاب المضاربه

ص: ١١٥

كتاب المُضاربه

اشاره

(۱)

معنى المضاربه لغةً واصطلاحاً

وتُسمّى قِراضاً(۲) عنـد أهـل الحجـاز، والأوّل من الضـرب (انظر لسان العرب: ۱۱/۱۱۲، (ماده قرض).)، لضـرب العامل(۳) فی الأرض(۴) لتحصيل الربح، والمفاعله(۵) باعتبار(۶) كون المالك

۱- ۱. سمعت بها عند أهل العراق . (المرعشی).

۲- ۲. وسـمعت عن بعض مشـايخی قـدس سـره أنّ العـامّه يطلقون عليهـا المناقـده أيضـاً، ولـم أجـدهفی كتبهم حسب تتبعی . (المرعشی).

۳- ۳. أو لربـط الضـرب المـذكور بمال المالک أو بمالک المال ربط استرباح، وهيئهالمضاربه لا تقتضـی أزيـد من ربط المبـدأ الاشتقاقی بين شخصين أو شخص وشیء،تقول : طالعتُ الكتابه من دون تجوّز فی الهيئه . (الفانی).

۴- ۴. أو لضـربه فی المـال وتقليبه إيّاه، أو لضـرب كلٍّ من ربّ المال والعامل فی الربحبسـهمه، أو لضـرب ربّ المال فی العمل والعامل فی الربح، وغيرها من الوجوهالمقوله والمحتمله . (المرعشی).

۵- ۵. ذكره جمع من العلماء، ويمكن أن يكون فاعلٌ فی المقام بمعنی فعل، كسافربمعنی سفر . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۶- ۶. هذا التكلّف لو قيل بلزوم الاشتراک والاثنينيّه فی هيئه المفاعله، كباب التفاعل،وإلّا فلا وجه له ، وبالتأمّل فی ما أسـلفنا فی محتملات الضرب يظهر أنّ أيّها أنسبباب المفاعله لو قيل بالاشتراک فيها . (المرعشی). * لا ملزم لاعتبار كونها من الطرفَين مع مجيئهـا لفعـل الواحـد فی الاستعمالاتالفصـيحه . (السبزواری). * أو باعتبار عـدم دلالتها فی مثل المقام علی الاشتراک، كما أنّه علی تقـدير القِراض لا ـ محيص عن ذلـک، مع أنّه أيضـاً مصـدر بـاب المفاعله، إلّا أن يوجّه بأنّ العامل أيضاًيقطع شـيئاً من عمله ويخرجه عن حدّ الاختصاص؛ وعليه فلا يتعيّن أن يكون هوالمقارَض بالفتح . (اللنكرانی).

سبباً له، والعامل مباشراً، والثانی من القَرض بمعنی القطع؛ لقطع المالک حصّهً من ماله ودفعه (کذا فی الأصل، وهو الصحیح إن کان الضمیر راجعاً إلی القرض، وإن کان راجعاً إلی الحصّه منالمال فالصحیح (دفعها).) إلی العامل لیتّجر به؛ وعلیه العامل مُقارِض بالبناء للمفعول، وعلی الأوّل مضارب بالبناء للفاعل، وکیف کان: عبارهٌ عن دفع(۱)

۱- ۱. المضاربه تعاقد بین مالک المال والعامل علی اکتساب العامل فی مال المالکبحصّه من الربح للعامل . (الفانی). * بل عباره عن عقدٍ واقعٍ بین شخصَین علی أن یکون من أحدهما المال ومنالآخر العمل، والربح الحاصل بینهما . (الخمینی). * هذا منافٍ لما یأتی منه قدس سره فی الشرط الثانی من اختیار صحّه المضاربه مع کونالمال بید المالک، فیتصدّی العامل للمعامله فقط، والظاهر أنّ حقیقتها توکیل صاحبالمال غیره لیتّجر به علی أن یکون الربح بینهما، فیکون عقد المضاربه بمنزله وکالهمحدوده وجُعاله مخصوصه لشخصٍ معیّنٍ فی عملٍ خاصٍّ بجُعلٍ مخصوص . (محمّدرضا الگلپایگانی). * ما هو المتعارف منها فی الخارج أعمّ من ذلک . (السبزواری). * بل المضاربه عقد یترتّب علیه الدفع الخارجی، لا أنّها متقوّمه به . (تقی القمّی). * بل عباره عن عقدٍ واقعٍ بینهما علی أن یکون من أحدهما المال ومن الآخر العمل،والربح بینهما، ولو لم یکن المال مدفوعاً إلی العامل، کما سیأتی منه قدس سره من الحکمبصحّه المضاربه مع کون المال بید مالکه . (اللنکرانی).

الإنسان(۱) مالاً(۲) إلی غیره لیتّجر به علی أن یکون الربح بینهما، لا أن یکون تمام الربح للمالک، ولا أن یکون تمامه للعامل.

صور دفع المال إلی الغیر للتجاره

وتوضیح ذلک: أنّ مَن دفع مالاً ـ إلی غیره للتجاره: تارهً علی أن یکون الربح بینهما وهی مضاربه، وتارهً علی أن یکون تمامه للعامل، وهذا داخل فی عنوان القَرض إن کان بقصده(۳) ، وتارهً علی أن یکون تمامه للمالک، ویسمّی عندهم باسم البَضاعه، وتارهً لا یشترطان شیئاً، وعلی هذا أیضاً یکون تمام الربح للمالک، فهو داخل فی عنوان البضاعه، وعلیهما یستحقّ العامل أُجره المثل لعمله، إلّا أن یشترطا عدمه(۴) ،

ص: ۱۱۹

۱- ۱. هذا التعریف تحدید باللازم، وحقیقتها الاشتراط بین ربّ المال والعاملباتّجاره فی ماله، ویکون له فی مقابل العمل بعض الربح، سواء دفع الربّ مالَه إلیهأم لا . (المرعشی). * بل المضاربه عباره عن العقد بین اثنین علی أن یکون من أحدهما المال ومنالثانی العمل، أعمّ من أن یکون المال بید المالک أم العامل، کما سیصرّح الماتن قدس سره بذلک فی الشرط الثامن . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. وحقیقتها فی اعتبار الناس اشتراک شخصَین فی تجارهٍ علی أن یکون منأحدهما المال ومن الآخر العمل، ویکون سهم من الربح للمال وسهم منهللعمل، فلیس فیها تعویض، ولا ـ جعل حقّ للمالک علی رقبه العامل، ولا ـ للعاملعلی مال المالک . (البروجردی).

۳- ۳. وإن کان قصده أن یکون المال لمالکه وتمام الربح للغیر لا تصحّ المعامله،وسیجیء أنّ أُجره المثل والربح للمالک . (الفیروزآبادی). * ومضاربه فاسده إن کان بقصدها . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. فیرجع إلی التبرّع . (الکوه کَمَری). * فیؤول إلی تبرّع العامل بعمله، فلا ـ مورد حینئذٍ لقوله : أن یکون العامل متبرّعاً .(المرعشی). * فیکون متبرّعاً حینئذٍ بالشرط، وفی قوله بعد ذلک : « أو یکون العامل قاصد ...» إلیآخره یکون متبرّعاً بلا شرط . (السبزواری).

أو يكون العامل(۱) قاصداً للتبرّع(۲) ، ومع عـدم الشـرط وعـدم قصد التبرّع أيضاً له أن يطالب الأُجره، إلّا أن يكون الظاهر(۳) منهما(۴)

۱- ۱. أو يقيّد المالک إذنه فی الاتّجار فی ماله بالمجّانيّه، وعلى أيٍّ تقـديرٍ فقـد أقدمالعامل ببذل العمل مجّاناً، وهو الّذی سلب حرمه مـاله . (المرعشـی). * أو يقيّـد المالـک إذنه فی التجاره بماله بالمجّانيّه؛ لأنّه إن اتّجر العامل به مع ذلكفقـد هتک احترام عمله . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- ۲. مجرّد قصد التبرّع لا يوجب سقوط الأُجره، إلّا إذا كان ظاهراً فی ذلک، فليسالظهور منحصراً فی مقام الظاهر أو الترافع، بل هذا الظهور نظير ظهور القول أو الفعلفی إبراء الدَين وإسقاطه ممّا لا يكفی فيه القصد المجرّد . (الشريعتمداری).

۳- ۳. فی اقتضاء هـذا الظهور لعـدم اسـتحقاق الأُجره واقعاً نظر . (المرعشـی). * كما هو كـذلک فی البضاعه، وقد التزم قدس سره فی بـاب المساقـاه بعـدم اسـتحقاق العاملالأُـجره فيمـا إذا اشترط المالـک انفراده بالثمر . (الخوئی). * كما هو فی البضاعه كذلک، واقتضاء مجرّد قاعده احترام عمل المسلم للضمانمحلّ إشكال . (حسن القمّی).

۴- ۴. اسـتحقاق العامـل للأُجره مثل عمله تابع لواقع عـدم قصـد التبرّع، وعـدم اشتراطعـدم الأُجره، لا لكون الظاهر منهما فی مثله عـدم أخـذ الأُجره، نعم، فی مقام الإثباتربّما يكون هذا الظهور أمارهً على قصد التبرّع . (البجنوردی). * ظهوراً يكون قرينهً على أنّ أمر المالـک بالتجـاره اسـتدعاء للعمـل مجّاناً، وعملالعامل قبول للمجّانيّه؛ حيث إنّ العمل إذا كان يبـذل بإزائه المال يقتضـی الأُـجره عليمن اسـتوفى بالأمر المعاملیّ ما لم يكن فی البَين إهـدار للعامل لماليّه عمله، فالفرقبين الصور الثلاث : أنّ اشتراط عـدم الأُـجره إلزام على العامـل بالإقـدام على المجّـانيّه،وإنّ قصـد التبرّع منه إقـدام منه على المجّانيّه، وإنّ الظهور المقامیّ كاشف عن كونأمر الآمر المستوفی للعمل أمراً استدعائيّاً، لا معامليّاً . (الفانی). * حتّى يأخذ المالک به فی مقام الترافع، أو تكليفه الظاهریّ، والاسـتحقاق الواقعيّتـابع لـواقعيّته . (الخمينی). * بحيـث يكـون إرجـاع المالـک إليـه ظـاهراً فی المجّـانيّه؛ ليكـون العمـل معه هتكًالاحترام عمله . (محمّد رضا الگلپايگانی).

فی مثله(۱) عدم أخذ الأُجره(۲) ، وإلّا فعمل المسلم محترم(۳) ما لم یقصد التبرّع.

الشرائط العامّه فی المضاربه

ویُشترط فی المضـاربه الإیجـاب والقبول، ویکفی فیهما کلّ دالٍّ(۴) قولاً ـ أو فعلاً ـ والإیجاب القولیّ کأن یقول: «ضاربتُکَ علی کذا»، وما یفید هذا المعنی(۵) ، فیقول: قبلت.

ص: ۱۲۱

۱- ۱. هـذا الظهور لا ـ تأثیر له فی عـدم اسـتحقاق الأُجره واقعاً، نعم، ربّما یکون له أثر فیمقام الترافع، أو فی الحکم الظاهریّ عند الشکّ . (البروجردی).

۲- ۲. هو أیضاً یرجع إلی التبرّع . (السبزواری).

۳- ۳. تقدّم فی کتاب الإجاره الإشـکال فی اقتضاء فاعل الاحترام للضمان . (أحمدالخونساری). * قد تقدّم الإشکال فی اقتضاء هذه القاعده للضـمان، وأنّ الموجب هو استیفاءالعمل . (المرعشـی). * نعم، ولکنّ الاحترام أعمّ من الضمان . (السبزواری). * مجرّد احترام عمل المسـلم لا یوجب اسـتحقاقه الأُجره . (مفتی الشـیعه). * إذا کان واقعاً بأمر الغیر، کما صرّح بذلک فی کتاب الإجاره . (اللنکرانی).

۴- ۴. مع قصد الإنشاء، وإلّا فلا . (مفتی الشیعه).

۵- ۵. من أیّ لغهٍ کان . (الفانی).

ویشترط فیها أیضاً بعد البلوغ(۱) والعقل والاختیار وعدم الحَجر(۲) لِفَلَسٍ(۳) أو(۴) جُنونٍ(۵) اُمور :

۱- ۱. یکفی إشراف الولیّ علی مضاربه الصبیّ مالاً أو عملاً . (الفانی).

۲- ۲. فی ربّ المـال لِفَلَس، وفیهما لِسَـفَه . (الخمینی). * فی ربّ المال، وأمّا العامل المحجور فی أمواله لِفَلَسِه فلا إشـکال فی صحّهمضاربته . (المرعشی).

۳- ۳. فی صـاحب المال، وأمّا العامل فَفَلَسُه لیس مانعاً من صـحّتها . (البروجردی، عبداللهالشـیرازی). * هـذا الشـرط معتبر فی صـاحب المال دون العامل . (الشـریعتمداری). * لأنّ ماله محجور عنه، وأمّا العامل فلا یشترط فیه ذلک . (الفانی). * هـذا فی المالـک، وسـیأتی منـه قـدس سـره عـدم اعتبـاره فی العامـل . (الخـوئی). * فی صـاحب المـال، دون العامـل . (محمّـد رضـا الگلپایگـانی). * فی صـاحب المال، وإلّا فلا إشـکال فی کون العامل مُفَلَّساً، وقول : « أو جنون » لعلّهیریـد به السَـفَه (فی أصـل النسـخه (السَـفَر) ، والصـحیح مـا أثبتناه .) ، وإلّا کان تکراراً بلا موجب . (محمّـد الشـیرازی). * فی المالک دون العامل، کما سیأتی التصریح منه فی المسأله الثالثه من آخرالکتاب . (السبزواری). * سیصرّح قدس سره بعدم اعتباره فی العامل . (الروحانی). * فی المالک دون العامل . (مفتی الشیعه).

۴- ۴. هـذا الشـرط ــ أی عـدم الحَجْر لِلفَلَس ــ مخصوص بالمالـک، ولا یجری فی حقّالعامل، وأمّا شـرطیّه عـدم الجنون فیُغنی عنها اشتراط العقل فی المالک والعامل .(البجنوردی).

۵- ۵. الصواب تبدیله بِسَـفَه؛ لاشتراط عدم الحَجْر لِسَفَهٍ أیضاً فیها، ولکونه تکرار . (الإصطهباناتی). * کأنّ مراده به السَفَه، وإلّا کان ذکر العقل مُغنِیاً عنه، وکان اعتبار الرشـد غیر مذکور .(البروجردی). * اعتبار عدم الفَلَس یختصّ بالمالک، والأولی تبدیل الجنون بالسَـفَه؛ لتقـدّم اعتبارالعقل، ولزوم اعتبار الرشـد . (مهدی الشـیرازی). * کأنّ مراده به السَـفَه؛ ولذا ما ذِکرُ اعتباره؟ وإلّا ذکر العقل مُغنٍ عنه . (عبداللهالشـیرازی). * لعلّ الکلمه صـدرت سـهواً بـدلاً عن کلمه سَـفَه . (الفانی). * أی عـدم الرشد . (المرعشـی). * لعلّه یریـد به السَـفَه، وإلّا فهو من سـهو القلم، وعلی الأوّل فإنّما یعتبر عدمه فیالمالک دون العامل . (الخوئی). * هـذا تکرار لِمـا مرّ من اشتراط العقـل، إلّا أن یکون المراد به السَـفَه . (محمّـد رضاالگلپایگـانی). * ذکر العقل یُغنِی عنه، ولعلّ المراد به السَـفَه؛ لاعتبار عـدمه فیهما أیضاً .(السبزواری). * اعتبار عدم الفَلَس یختصّ بالمالک، والأولی تبدیل الجنون بالسَـفَه؛ لتقـدّم اعتبارالعقل، ولزوم اعتبار الرشـد فی المالک، أمّا اعتباره فی العامل محلّ إشـکال . (حسـنالقمّی). * الظاهر أنّ المراد من الجنون السَـفَه، ویشترط عـدمه، وکـذا عدم الفَلَس فی المالک،وأمّا بالنسبه إلی العامل فلا؛ لعدم الدلیل علی کونهما مَحجُورَین عن التصـرّف فینفسـهما . (تقی القمّی). * لا ـ یبعـد أن یکون مراده به السَـفَه، وإلّا کان ذکر العقل مُغنیاً عنه؛ وعلیه فهو یعتبرفی المالـک دون العامل . (الروحانی). * الظاهر أنّ المراد به هو السَـفَه، وعـدمه، وکـذا عـدم الفَلَس إنّما یعتبر بالإضافه إلیالمالک دون العامل . (اللنکرانی).

الشرائط الخاصّه: ما يشترط فی رأس المال

أوّلًا: أن يكون عيناً

الأوّل: أن يكون رأس المال عَيناً، فلا تصحّ(۱) بالمنفعه(۲) ، ولا بالدَين(۳) ، فلو كان له دَين على أحدٍ لم يجز أن يجعله مضاربهً إلّا بعد قبضه، ولو أذِن للعامل فی قبضه ما لم يجدَّد العقد بعد القبض، نعم، لو وكّله على القبض والإيجاب(۴) من طرف المالك والقبول منه بأن يكون موجباً قابلاً صحّ، وكذا لو كان له على العامل دين لم يصحّ جعله قراضاً إلّا أن يوكّله فی تعيينه، ثمّ إيقاع العقد عليه بالإيجاب والقبول بتولّی الطرفين.

أوّلًا: أن يكون عيناً

الثاني: أن يكون من الذهب أو الفضّه(۵) المسكوكَين بسكّه المعامله(۶) ، بأن يكون درهماً أو ديناراً، فلا تصحّ بالفُلوس ولا بالعُروض بلا خلاف بينهم،

ص: ۱۲۴

۱- ۱. الحكم فی كلا الموردَين مبنیّ على الاحتياط . (تقی القمّی).

۲- ۲. على الأحوط فيه، وفی جمله من الشروط الآتيه، أو فی إطلاقها؛ إذ لا مستندَ لهاسوى دعوى الإجماع أو الشُهره . (مهدی الشيرازی). * على الأحوط . (الخوئی، اللنكرانی). * على ما ادُّعی الإجماع عليه، ولم نعثر بدليلٍ سواه . (حسن القمّی). * للإجماع الّذی ادّعاه غير واحد، وفی ثبوت الإجماع التعبّدیّ الكاشف عن رأيالمعصوم تأمّل، فلا يُترك الاحتياط، نعم، لا تصحّ المضاربه فی الدَين . (الروحانی).

۳- ۳. على الأحوط فيهما . (محمّد الشيرازی).

۴- ۴. بعد القبض . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۵- ۵. الأقوى صحّه المضاربه بالنقود المتعارفه، ولا يُصغی إلی دعوى الإجماع؛ لأنّهمنقول أوّلًا، ومحتمل المدركيه على فرض حصوله ثانياً . (الفانی).

۶- ۶. الأظهر عدم اعتبار ذلك، فتصحّ المضاربه بالأوراق النقديّه ونحوها . (الروحانی).

وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع(۱) ، نعم، تأمَّلَ فيه بعضهم، وهو فى محلّه(۲) ؛ لشمول العمومات(۳) ، إلّا

---

۱ – ۱. الظاهر أنّ مراد المُجمِعِينَ النقد فى مقابل العِوَض، لا خصوص الذهبوالفضّه، فتشمل حينئذٍ كلماتهم الشريفه كلّ نقلٍ غالب، سواء كان منهماأو من غيرهما . (السبزوارى).

۲ – ۲. الأقوى هو ما عليه المشهور . (البروجردى). * لا يبعد صحّه العقد بين ربّ المال والعامل بالمال الّذى هو غير النقدَينالمذكورين، كالفُلُوس والقراطيس المعموله فى زماننا المعبّر عنها بـ« النَوط (وهى الورقه الّتى تعادل الورقه النقديّه فى بعض البلدان الإسلاميّه حسب تعرفتها، ويعبّر عنها (الكُمبياله) ، وهى المتداوله أيضاً فى إيران وتسمّى (سُفتَه) ذات أسعار وقِيَم مختلفه .) والإسكِناس (الاسكناس : كلمه فارسيّه، وتعنى الورق النقدى كالليره والريال وغيرهما من الأوراق النقديّه . المصطلحات : ۳۱۴ ، معجم ألفاظ الفقه الجعفرى : ۵۲.)» ، على أن يكون العمل من العامل والمال من ربّه، والربح بينهماحسب ما اشترطا، وقد جرت سيره العقلاء والمتشرّعه على ذلك، ولا ريب عندهمفى أنّ تلك الأشياء ليست بعروض، بل هى داخله فى النقود . هذا إن لم يلحظكونها بمنزله النقدَين قائماً فى مقامهما، وإلّا فالأمر أوضح، نعم، ترتّب الآثارالخاصّه للمضاربه على هذا العقد لا يخلو من إشكال لو انجمد على ظاهر معقدالاتّفاق، وإلّا فلا . (المرعشى). * نعم، لو لم يصحَّ بعنوان المضاربه لصحّ جُعاله إن كانت مقصودةً ولو بنحوالإجمال، وسيأتى منه عدم استبعاد شمول العمومات له ولو لم يكن منهما فيالشرط التاسع، وسيأتى أيضاً فى الثامنه من مسائل آخر الكتاب التصريح بصحّهالجعاله، وسيأتى فى المسأله (۴۸) ما يرتبط بالمقام . (السبزوارى).

۳ – ۳. إن أراد العمومات الأوليّه فالظاهر عدم جواز التمسّك بها بعد فرض الجهل بالحصّه من حيث الكمّ والكيف، بل دخول الفرض فى ما دلّ على بطلان المعاملهمع الجهاله أو الغَرر، وإن أراد العمومات فى خصوص باب المضاربه فلم أعثر عليعمومٍ أو إطلاقٍ يفيد المقام . (صدرالدين الصدر).

أن يتحقّق الإجماع(۱) ، وليس ببعيد(۲) ، فلا يُترک

ص: ۱۲۶

۱- ۱. إن تحقّق وهو منظور فيه؛ إذ المدّعى هو الاتّفاق، وهو أعمّ من الإجماعالمصطلح . (المرعشی).

۲ - ۲. بـل هو لیس بثـابت . (عبـدالله الشـیرازی). * لم یثبت الإجمـاع فی المسـأله؛ لعـدم تعرّض کـثیرٍ من القـدماء لهـا، ویظهر منالخلاف والغنیه (الخلاف للشـیخ الطوسی : ۳/۴۶۰ ، غُنیـه النزوع : ۲۶۶.) أنّ المسأله لیست إجماعیّه؛ لتمسّـکهما بعدم الدلیل علی الصـحّهدون الإجمـاع، وإنّمـا ادّعیـا الإجمـاع وعـدم الخلاـف فی الصـحّه مع الـدرهم والـدینار،بل یظهر من العلّامه (تحریر الأحکام للعلّامه الحلّی : ۳/۲۴۶.) أیضاً بعد نسبه القول بالبطلان إلی علمائنا أنّ الدلیل علیهکونها علی خلاف القاعده، فلابدّ من الاقتصـار علی القـدر المتیقّن، وإنّمـا ادّعیاالإجمـاع صاحب جامع المقاصـد (جامع المقاصـد : ۸/۶۶.) وتبعـه بعض آخر (راجع الحدائق الناضـره : ۲۱/۲۱۹.) ، بـل حجّیه الإجمـاع فیمثـل تلـک المسـأله الّتی ادّعی الأعـاظم کون الصـحّه فیهـا خلاف القواعد ممنوعه، أومشـکله، ولو فرض صـحّه الإجماع وثبوته فالقـدر المتیقّن منه هو عدم الجواز فیغیر الأثمان، أی العُرُوض منه، وأمّا فی مثل الدینار العراقیّ والإسـکناس من الأثمانغیر الذهب والفضّه فغیر ثابت، فعلیه فصـحّتها بمثلها لا یخلو من قوّه؛ للعمومات،وکون المعامله عقلائیّه، وعـدم غَرریّتها، بل عدم ثبوت البطلان بمثل ذلک، هذا معأنّه لا یبعد إطلاق بعض أدلّه الباب . (الخمینی).. * الظـاهر أنّ الإجمـاع لم یثبت، وعبـاره القاضـی فی الجواهر (انظر جواهر الکلاـم : ۲۶/۳۵۷.) تـدلّ علیتحقّق الإجماع علی صـحّه المضاربه بالـدراهم والـدنانیر، لا علی عـدم صـحّتهافی غیرهما . (الخوئی). * الإجماع غیر ثابت، والصـحّه غیر بعیـده . (محمّد الشـیرازی). * الإجمـاع لم یثبت، بـل الظـاهر صـحّتها بالأـوراق النقـدیّه . (حسن القمّی). * الظـاهر عـدم تحقّق الإجمـاع، فإنّ المحکیّ عن الخلاف والغنیه والجواهر للقاضیدعوی الإجماع علی الصحّه فی الدراهم والدنانیر، لا علی عدمها فی غیرهما،مضافاً إلی عـدم تعرّض کثیرٍ من القدماء لأصل المسأله، وإلی اسـتناد بعضالمتعرّضـین بغیر الإجماع، وإلی عدم حجّیّه الإجماع المنقول، خصوصاً فی مثلالمسأله، فالظاهر صـحّه المضاربه بجمیع الأثمان، ولو کان دیناراً عراقیّاً أو إسکناساًإیرانیّاً أو غیرهما ممّا لا یکون درهماً ولا دیناراً . نعم، صحّتها بالعُرُوض محلّ تامّل،وإن کان مقتضی إطلاق بعض أدلّه الباب الصحّه فیها أیضاً . (اللنکرانی).

الاحتیاط(۱) . ولا بأس بکونه من المغشوش(۲) الّذی یعامل به مثل الشامیّات(۳) والقَمَریّ(۴) . . . .
. .

ونحوها (الشامیّات والقَمَری ونحوها: عملات نقدیّه مغشوشه، راجع الوسائل: ۱۸/۱۸۸، الباب (۱۰)والباب (۱۱).)،

ص: ۱۲۷

۱- ۱. لا بأس بترکه . (تقی القمّی).

۲- ۲. بحیث لاـ یُخرِجها عن إسم الـذهب والفضّه، وإلّا ففی کفـایه کونهـا ممّـا تقع علیهالمعـامله تأمّل، بل منع . (صدرالـدین الصدر).

۳- ۳. إذا لم یکن الذهب أو الفضّه مُستهلَکاً، وإلّا ففیه إشکال . (عبدالله الشیرازی).

۴- ۴. إلّا علی وجهٍ یکون الذهب أو الفضّه فیه مستهلَکاً لا یصدق علیهما کونهما منجنسـهما، وحینئذٍ ففی القَمَریّ المتعارف فی عصـرنا إشکال، وإن قیل بأنّ فیها شیئاًمن الفضّه؛ إذ هذا المقدار لا یوجب صدق معاقد الإجماعات علیه، الّذی هو تمامالمدرک فی المسأله، بضـمیمه عـدم تمامیّه العمومات الشامله لجمیع أبواب العقود والتجاره لمثله؛ للتشـکیک فی صدق الحقیقه من تلک الجهه عرفاً، الموجبهللتشـکیک فی شـمولها للمقـام بملاحظه انصـرافها إلی الأنواع المتعارفه،کما لا یخفی . (آقا ضـیاء). * فیه وفی أمثاله من المستهلَک فیه الذهب والفضّه إشکال . (أحمد الخونساری).

نعم، لو كان مغشوشاً يجب(۱) كسره(۲) بأن كان قَلْباً لم يصحّ(۳) وإن كان له قيمه فهو مثل الفلوس.

ولو قال(۴) للعامل: «بِـعْ هذه السلعه وخُذ ثمنها قِراضاً» لم يصحّ، إلّا(۵) أن يوكّله في تجديد العقد عليه بعد أن نضّ ثمنه(۶)
.

ص: ۱۲۸

۱- ۱. وجوب الكسر مبنيّ على الاحتياط . (تقي القمّي).

۲- ۲. وجوبه ليس بمولوي . (المرعشي). * الأمر بكسر المغشوش في الروايه إرشاد إلى عدم المعامله معه، فلا وجوبتعبّدي له، مضافاً إلى ضعف السند . (الفاني). * على الأحوط في وجوب كسره، ولا تبعد الصحه به . (حسن القمّي).

۳- ۳. فيه إشكال، بل لا تبعد الصحّه . (الخوئي). * على الأحوط . (تقي القمّي). * بل تصحّ . (الروحاني).

۴- ۴. ليته ذكر هذا الفرع في ذيل الشرط الأوّل . (المرعشي).

۵- ۵. لا تبعد صحّه مثل هذه العباره؛ لظهورها في التوكيل عرفاً . (محمّد الشيرازي).

۶- ۶. نَضَّ المال : تحوّل نقداً بعدما كان متاعاً، والصحيح في التعبير : بعد أن نضّ تباعتبار السلعه، أو نضّ باعتبار المتاع . (الفيروزآبادي).

ثالثاً: کونه معلوماً قدراً ووصفاً

الثالث: أن یکون(۱) معلوماً(۲) قدراً ووصفاً(۳) ، ولا تکفی المشاهده(۴) وإن زال به معظم الغَرر(۵) .

رابعاً: کونه معیّناً

الرابع: أن یکون معیّناً(۶) ، فلو أحضر مالَینِ وقال: «قارضتُکَ بأحدهما أو

ص: ۱۲۹

۱- ۱. لا دلیل علی هذا الشرط فی المقام، وممّا ذکرنا یظهر ما فی بعض الفروع الآتیهمن الاشتراط . (تقی القمّی).

۲- ۲. اعتبـاره محلّ تأمّل، خصوصاً بالإضافه إلی المجهول الّـذی یؤول إلی العلم، کما إذاوقع العقـد علی ما فی الکیس مثلاً، ثمّ یعدّانه بعد ذلک . (اللنکرانی).

۳- ۳. علی الأحوط الأولی . (الخوئی). * علی الأحوط . (حسن القمّی).

۴ - ۴. الأظهر الکفایه إذا زال بها معظم الغَرر؛ لشمول العمومات، وعدم دلیلٍ علی المنع .(الشریعتمداری). * بل کفایه المشاهده الموجبه لعدم صدق الغَرر عرفاً غیر بعیده . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. لا یبعد الکفایه حینئذٍ . (السبزواری).

۶- ۶. لا دلیل علیه إن لم یتحقّق الإجماع المدّعی . (الشریعتمداری). * علی الأحوط، ولا یبعد عدم اعتباره . (الخوئی). * علی الأحوط، لکنّ عدم اعتباره غیر بعید . (محمّد الشیرازی). * علی ما ادّعی علیه الإجماع الموافق للاحتیاط . (حسن القمّی). * الأظهر عدم اعتباره، نعم، إیقاع المعامله علی المردّد ولو فی الواقع لا یصحّ، وأمّاعلی المعیَّن الواقعیّ المردّد عندهما فلا بأس به مع تساویهما فی الصفات لو لاالإجماع . (الروحانی). * لا دلیل علی الاعتبار، ولم یثبت الإجماع، ودعوی عدم المعقولیّه غیر ثابتهٍ أیضاً،وذکرنا فی کتاب الإجاره : أنّه لا یبعد الحکم بصحّه استئجار أحد هذَین العَبدین إذاکانا متساویَین من الأوصاف الموجبه لتفاوت الرغبات . (اللنکرانی).

بأيّهما شئت» لم ينعقد(۱) ، إلّا أن يعيّن، ثمّ يُوقِعان العقد عليه، نعم، لا فرق بين أن يكون مشاعاً أو مفروزاً بعد العلم بمقداره ووصفه، فلو كان المال مشتركاً بين شخصين فقال أحدهما للعامل: «قارضتُکَ بحصّتی فی هذا المال» صحّ، مع العلم بحصّته من ثلثٍ أو ربع، وكذا لو كان للمالک مائه دينارٍ مثلاً فقال : «قارضتک بنصف هذا المال» صحّ.

خامساً: یشترط فی الربح، أن یکون مشاعاً

الخامس: أن يكون الربح(۲) مشاعاً بينهما(۳) ، فلو جعل لأحدهما مقداراً معيّناً والبقيّه للاخر، أو البقيّه مشتركه بينهما لم يصحّ(۴) .

ص: ۱۳۰

---

۱ - ۱. علی الأحوط الأولی . (السبزواری). * لا أری وجهاً لعدم الانعقاد؛ إذ یمکن تصحیح الشِّقّ الأوّل بوقوع القِراض علیالکلّیّ فی المعیّن، وفی الشِّقّ الثانی بوقوعه علی ما یختاره العامل بعد ذلک، وهومعلوم فی الواقع، ومقتضی إطلاق حدیث محمّد بن قیس (الوسائل : الباب (۸) من أبواب المضاربه، ح ۱.) الصحّه فی جمیعالأقسام . (تقی القمّی).

۲ - ۲. یمکن القول بالصحّه، ولا دلاله فی مثل قوله علیه السلام. (الشریعتمداری).

۳ - ۳. فی مصحّح إسحاق عن مال المضاربه قال علیه السلام: « الربح بینهما، والوضیعه علیصاحب المال »(الوسائل : الباب (۳) من أبواب المضاربه، ح ۵.) علی البطلان؛ حیث إنّه حُکمُ الإطلاق دون الاشتراط .(الشریعتمداری). * علی الأحوط، وإن کان فی إطلاقه إشکال . (محمّد الشیرازی). * لا دلیل علی اعتبار هذا الأمر أیضاً، خصوصاً مع الوثوق والاطمئنان بحصولالزائد علی المقدار المعیّن . (اللنکرانی).

۴ - ۴. فیه إشکال علی فرض العلم بزیاده الربح علی المقدار المعیّن . (عبدالله الشیرازی).. * فیه إشکال . (المرعشی). * لا یخلو من الإشکال فیما إذا علم أنّ الربع یزید علی المقدار المعیّن، وقدالتزم ۱ فی باب المساقاه بالصحّه فی نظیر المقام . (الخوئی). * یمکن القول بالصحّه . (السبزواری). * فی إطلاق الحکم نظر؛ إذ لا دلیل علی البطلان مطلقاً، وإطلاق النصّ یقتضیالصحّه، ومع ذلک الأحوط ترکه . (حسن القمّی). * عدم الصحّه مبنیّ علی الاحتیاط، ومقتضی إطلاق حدیث جمیل (الوسائل : الباب (۱) من أبواب المضاربه، ح ۹.) الصحّه . (تقیالقمّی).

سادساً: تعیین حصّه کلّ منهما

السادس : تعیین حصّه کلٍّ منهما من نصفٍ أو ثلثٍ أو نحو ذلک، إلّا أن یکون هناک متعارف ینصرف إلیه الإطلاق.

سابعاً: أن یکون الربح بین المالک والعامل

السابع: أن یکون الربح بین المالک والعامل، فلو شرطا جزءاً منه لأجنبیّ عنهما لم یصحّ(۱) ، إلّا أن یشترط علیه عمل متعلّق بالتجاره(۲) ، نعم، ذکروا: أنّه لو اشترط کون جزءٍ من الربح لغلام أحدهما صحّ، ولا بأس به، خصوصاً(۳) علی القول(۴) بأنّ العبد

۱- ۱. علی المشهور . (الفیروزآبادی).

۲- ۲. مع ضبط عمله علی وجهٍ یرتفع معه الغَرر . (آقا ضیاء). * مع ضبط عمله علی وجهٍ یرتفع به الغَرر الزائد عن مقتضی طبع المعامله . (عبداللهالشیرازی).

۳- ۳. إذا لم یقصد ملک العبد نفسه، وإلّا فالشرط باطل . (اللنکرانی).

۴- ۴. لا یبعد ابتناء صحّه الاشتراط علی هذا القول إذا کان الشرط من شرط النتیجه،کما هو المفروض، وأمّا الاشتراط للأجنبیّ فالظاهر عدم صحّته . (الخوئی).

لا یملک(۱) ؛ لأنّه یرجع إلی مولاه، وعلی القول الآخر(۲) یشکل(۳) ، إلّا أنّه لمّا کان مقتضی القاعده(۴) صحّه الشرط حتّی للأجنبیّ، والقدر المتیقّن من عدم الجواز ما إذا لم یکن غلاماً لأحدهما فالأقوی(۵) الصحّه(۶) مطلقاً(۷) ، بل لا یبعد(۸) القول(۹) به(۱۰)

۱- ۱. بل قول المشهور مبنیّ علی ذلک، کما صرّح به بعضهم، فلو قلنا بأنّه لم یملک لمیصحّ، ومنه تعرف عدم الصحّه لو شرط ذلک للأجنبی . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. الأحوط الترک علی هذا القول مطلقاً . (عبدالله الشیرازی).

۳- ۳. الإشکال فی محلّه . (الکوه کَمَری).

۴- ۴. أی عمومات أدلّه الصحّه . (المرعشی).

۵- ۵. فی الأقوائیّه إشکال، بل منع، ولا یُترک الاحتیاط فی جمیع الفروض . (تقی القمّی).

۶- ۶. مشکل . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. بل لا یُترک الاحتیاط فیه مطلقاً فضلاً عن الأجنبیّ . (حسن القمّی). * الأظهر عدم الصحّه للأجنبیّ، وکذا لغلام أحدهما علی القول بأنّ العبد یملک، بلیمکن القول بعدم الصحّه علی القول الآخر أیضاً إذا قصد ملک العبد؛ إذ الشرطحینئذٍ مخالف للکتاب والسنّه، ولکنّ المضاربه صحیحه . (الروحانی)

۸- ۸. بل هو بعید . (الکوه کَمَری). * یشکل القول به، ودعوی عموم الأدلّه ممنوعه . (جمال الدین الگلپایگانی). * فیه تأمّل . (الخمینی). * بل بعید کلّ البعد . (المرعشی). * محلّ تأمّل . (اللنکرانی).

۹- ۹. بل بعید . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۱۰- ۱۰. بل یبعد . (الإصطهباناتی). * بل هو قوی جدّاً؛ لأنّ الأدلّه الدالّه علی أنّ الربح بین المالک والعامل ناظره إلیعدم حرمانهما من الربح، وهذا موافق للقاعده، وهی اقتضاء انتاج المال والعمللربح اشتراک صاحب المال وصاحب العمل فیه، ولیست مسوقهً لبیان اشتراطتساویهما فی الربح أو حصر الربح بینهما، بل لنا أن نقول : بأنّ هذا الشرط یرجع إلیجعل مقدارٍ من سهم مالک المال أو العامل للأجنبیّ، فالربح لا یخرج فی الحقیقهعنهما، بل یرجع بالتزامٍ منهما إلی غیرهما . (الفانی).

فی الأجنبیّ(۱) أیضاً(۲) وإن لم یکن عاملاً؛ لعموم(۳) الأدلّه(۴) .

ثامناً: ذَکَرَ بعضهم من الشرائط، أن یکون رأس المال بید العامل

الثامن : ذکر بعضـهم: أنّه یشترط أن یکون رأس المال بید العامل، فلو اشترط المالک أن یکون بیده لم یصحّ(۵) ، لکن لا دلیل علیه، فلا مانع(۶) أن یتصدّی العامل للمعامله مع کون المال بید المالک، کما عن التذکره(تذکره الفقهاء: ۱۷/۳۲).

ص: ۱۳۳

۱- ۱. بل القول به فی الأجنبیّ بعید، وهذا منه منافٍ لما ذکره فی أوّل هذا الأمر .(البجنوردی).

۲- ۲. لا یخلو من إشکال . (الحائری). * الأقوی عدم صحّه الشرط للأجنبیّ، وکذا لغلام أحدهما لو قیل بملکه استقلالاً،وقول المشـهور بصـحّته له مبنیّ علی عدم ملکه کذلک، کما هو المصـرّح به فی کتبالفریقین . (البروجردی). * بناءً علی صحّه شرط النتیجه . (السبزواری).

۳- ۳. دعوی العموم ممنوعه . (المرعشی).

۴- ۴. تقدّم الکلام فیها . (صدرالدین الصدر).

۵- ۵. وهو الحقّ؛ إذ لا دلیل علی الصحّه، ومقتضی الأصل عدمها . (تقی القمّی).

۶- ۶. یکفی فی المـانع أصل عـدم ترتّب الأثر . (صدرالـدین الصـدر). * وعلیه فلا یبقی مجال لتعریف المضاربه بما أفاده فی المتن، کما نبّهنا علیه .(اللنکرانی).

تاسعاً: کون الاسترباح بالتجاره

التاسع : أن یکون الاسترباح بالتجاره، وأمّا إذا کان بغیرها کأن یدفع إلیه لیصرفه فی الزراعه مثلاً ویکون الربح بینهما یشکل صحّته(۱) ؛ إذ القدر المعلوم من الأدلّه هو التجاره، ولو فرض صحّه غیرها(۲) للعمومات(۳) ، کما لا یبعد(۴) ، لا یکون داخلاً فی عنوان المضاربه.

عاشراً: کفایه رأس المال

العاشر : أن لا یکون رأس المال بمقدارٍ(۵) یعجز العامل

ص: ۱۳۴

۱- ۱. لا تبعد صحّته، خصوصاً إذا کان متعارفاً المضاربه فی مثله . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. إذا کان من المعاملات المتعارفه فی أیدی الناس، وإلّا ففی شمول العموماتلمثلها إشکال، کما أشرنا إلیه آنفاً . (آقا ضیاء).

۳- ۳. إذا لم یکن متعارفاً فی صحّته إشکال . (أحمد الخونساری). * بناءً علی جواز التمسّک بها فی الشبهه المصداقیّه . (السبزواری).

۴- ۴. إذا لم یکن فیه جهاله أو غَرر . (صدرالدین الصدر). * بل هو بعید . (البروجردی، الروحانی). * فیه إشکال، بل منع . (الخمینی). * عدم الدخول هو الأقوی . (المرعشی). * بل بعید . (محمّد رضا الگلپایگانی). * الظاهر أنّه لا عموم فی الأدلّه . (تقی القمّی). * بل بعید جدّاً . (اللنکرانی).

۵- ۵. تحقیق المقام : أنّ العجز عن التجاره إذا کان بالنسبه إلی بعض المال دون بعض،ووقعت المضاربه ــ وهی إذن فی الاسترباح واشتراک فی الربح ــ علی نحو تعدّدالمطلوب بالنسبه إلی جمیع المال کانت المضاربه بالإضافه إلی الحصّه المقدوره منالتجاره ببعض المال نافذهً، ولا وجه حینئذٍ لکون الربح بأجمعه راجعاً إلی المالکوعدم استحقاق العامل سهمه من الربح . وأمّا إذا وقعت المضاربه علی مجموع المالعلی نحو وحده المطلوب بأن کان الإذن فی التصرّف الاسترباحیّ مقیّداً بالقدرهعلی الاتّجار بالجمیع کانت المضاربه باطلهً؛ لعدم تحقّق مقوّمها، وهو الإذنالمفروغ تقیّده بالقدره علی التجاره بالجمیع المفقوده، وعلی هذا تکون المعاملاتالواقعه علی البعض المقدور فضولیّهً موقوفهً علی إجازه المالک، وإذا أجاز رجعالربح إلیه، ویکون العامل مع علمه بالحال غیر مستحقٍّ لاُجره مثل عمله فضلاً عنسهم الربح المقرّر له؛ لکونه مقدِماً علی إهدار مالیّه عمله؛ لعلمه ببطلان المضاربه،بمعنی عدم إذنٍ فی التصرّف من مالک المال، بل وکذا إذا کان جاهلاً بالحال؛ لأنّالمالک غیر مستوفٍ لعمله واقعاً، وحرمه العمل إنّما هی مقوّمه لموضوع الضمان، لاأنّها مضمّنه . نعم ، الأقوی عدم ضمان العامل للمال؛ لأنّ تسلیطه علی المال إنّما هومن قبل المالک والائتمان المالکیّ رافع لضمان الید، ثمّ إنّ الظاهر بحسب الارتکازالمعاملیّ عرفاً أنّ المضاربه تکون علی نحو تعدّد المطلوب، فالمعاملات الواقعهعلی المقدور الاتّجار به نافذه، والربح بینهما علی الشرط . (الفانی).

عن التجاره به(۱) ، مع اشتراط المباشره(۲) من دون الاستعانه بالغير، أو كان عاجزاً حتّی مع الاستعانه بالغير، وإلّا فلا يصحّ(۳) ؛

۱- ۱. ومثله ما لو كان المضارب عاجزاً عن دفع المال . (محمّد الشيرازی).

۲- ۲. إذا كـان بنحو التقييـد فـالعجز يوجب البطلان والفساد، وإلّا فيوجب الخياروالمعامله صحيحه . (البجنوردی). * اشتراط القدره فی المضاربه غير معلوم، ولم يذكر فی كلمات السابقين، بلالمذكور فی كلامهم، فلو أخذ واحد ما يعجز عن العمل فيه ضَمِن، وهذا غير اشتراطالقدره؛ فإنّ الضمان فيه مستند إلی عدم كون اليد علی المال عن إذن؛ لأنّه مقيّدبالقدره علی التجاره، ولا يقاس بالإجاره؛ حيث إنّه ليس فی المضاربه تمليك إلّاتمليك الجعل بعد العمل، ولا يضرّه العجز، حيث لا يستحقّه إلّا بعد العمل، وعليفرض الاشتراط فلا مانع من صحّه العقد فی المقدور . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- ۳. إذا كان ذلك بنحو وحده المطلوب، وإلّا فيصحّ فی المقدار المقدور مباشرهً، أو فيتمامه تسبيباً . (آقا ضياء). * إذا كان بالمجموع من حيث المجموع، وإلّا صحّ فی المقدار المقدور، ويتبعهالربح، وعدم الضمان، وكذا فی الإجاره . (مهدی الشيرازی). * الأقوی صحّتها بالنسبه إلی ما يقدر عليه، واستحقاق العامل فی ما يعمل بهحصّته من الربح . (أحمد الخونساری). * وإلّا يصحّ فی ما يكون قادراً علی ما بذل . (عبدالله الشيرازی). * لا تبعد الصحّه فی المقدار الّذی يقدر العامل علی الاتّجار به . (الخوئی). * لاحتمال الصحّه بالنسبه إلی مقدوره واستحقاقه بحصّه من الربح لا يخلو منوجه . (المرعشی). * إن كان بنحو التقييد بالمجموع، وإلّا فيمكن الصحّه بالنسبه إلی المقدور، ويتبعهالربح وعدم الضمان . (السبزواری). * إذا كان بالمجموع من حيث المجموع، وإلّا صحّ فی المقدار المقدور، ويتبعهالربح، وكذلك فی الإجاره . (حسن القمّی).

لاشتراط کون(۱) العامل قادراً(۲) . . . .

ص: ۱۳۶

---

۱ - ۱. اعتبـار القـدره علی العمـل فی تحقّق المضـاربه عقلاً؛ لتقوّمهـا بالمال والعمل،وعـدمها بالنسـبه إلی جمیع المال لکثرته لا یوجب بطلانها فیما یقدر علیه ویبذله منالعمل فی بعضه، فالأقوی صـحّتها بالنسبه إلی ما یقدر علیه، واستحقاق العامل فی مایعمل به حصّـته من الربـح، بل الأمر فی الإجاره أیضاً کـذلک وإن کان بینهما فرق منجهه اُخری، نعم، یکون للمسـتأجر مع جهله خیار التبعّض . (البروجردی).

۲ - ۲. إن کان المراد بالقـدره : القـدره علی التجاره فی الجمیع فی مقابل العجز مطلقاً، کمایـدلّ علیه قوله قدس سـره : « فإنّه إذا کـان ...» إلی آخره . فیرِد علیه : أنّه لاـ دلیـل علی اعتبار هـذاالنحو من القـدره فی المضاربه، ولا علی کونها مثل الإجاره لو سـلّم الحکم فیهـا، وإنکـان المراد بهـا هی القـدره ولو فی الجمله؛ نظراً إلی أنّه مع العجز الکلّیّ تتّصـفالمعامله باللغویّه، ولا یجـدی فی ذلـک مجرّد الفرق بیـن الإجـاره والمضـاربه بعــدمثبوت التملیـک فیهـا ابتـداءً، بخلاـف الإجـاره؛ فـإنّ عـدم ثبـوت التملیـک لا یخرجالمعامله مع العجز عن اللغویّه، فیرد علیه منع الحکم فیما فرّعه علی ذلک؛ فإنّ لازمذلک : إمّا الحکم بالصحّه مطلقاً، أو فی خصوص المقـدار المقـدور واشتراکهمـا فیالربـح فی خصوص ذلـک المقـدار، لاـ اختصـاص المالـک به وثبوت الاُـجره للعامل معجهله بالبطلان . (اللنکرانی).

علی العمل(۱) ، کما أنّ الأمر کذلک فی الإجاره للعمل، فإنّه إذا کان عاجزاً

تکون باطله، وحینئذٍ فیکون(۲) تمام الربح للمالک(۳) ، وللعامل

---

۱ - ۱. یشترط قـدرته علی العمل، فلو کان عاجزاً مطلقاً بطلت، ومع العجز فی بعضه لایبعد الصـحّه بالنسـبه علی إشـکال، نعم، لو طرأ العجز فی أثنـاء التجـاره تبطل من حینطروءه فی الجمیع لو عجز مطلقاً، وفی البعض لو عجز عنه علی الأقوی، وکـذاالحال فی الإجـاره للعمـل، وعلی مـا ذکرنـاه یعلم حـال الربـح، وأمّـا الضـمان فعلی مقـدارالبطلان إن کلّاً فکلّ، وإن بعضاً فبعض، مع تلف الکـلّ، وبالنسـبه مع تلف البعضالمشاع، نعم، لو أخـذ بمقـدار مقدوره أوّلاً وقلنا بصـحّته بالنسـبه فمع عدم الامتزاجیکون ضامناً بالنسبه إلی غیر المقدور، وما أخذ أوّلاً بعنوان المعامله یتعیّن لمالالمضاربه، والباقی الزائد مقبوض بلا وجهٍ ومضمون . (الخمینی).

۲- ۲. لو قلنا بالبطلان ــ کما صرّح به فی المتن ــ تکون التجاره فضولیّهً تحتاج إلیالإجازه . (تقی القمّی).

۳- ۳. یظهر من هـذه العبـاره ــ حیث إنّ المفروض تحقّق المعـامله ووجود الربـح ــ أنّالعجز المفروض فی المسـأله لیس بمعنی العجز الکلّیّ، وحینئـذٍ فلنـا أن نقول : لا دلیلفی الفرض علی البطلان، وقیاسه علی الإجاره للعمل مع الفارق؛ حیث إنّ الإجارهمن العقود اللازمه، ولازمه مالکیّه المستأجِر لعمل الأجیر، ولا معنی لمالکیّه العملالغیر المقـدور، بخلاف المضاربه فإنّها من العقود الجـائزه، ولا یـوجب اسـتحقاقالمالک لعمـل العامـل، ومعنی صـحّه المضـاربه اسـتحقاق العامـل لجزءٍ مـن الربـح، وجواز تصـرّفه المعاملیّ، وتکفی فی تحقّقها وخروجها عن اللغویّه المقـدوریّه فی الجمله،کما لا یخفی، ثمّ لو سـلّمنا البطلان فإنّما هو فی مقدارٍ یعجز عنه، لا فی جمیع المـال،کمـا أنّ الضـمان أیضاً یختصّ بالمقـدار الغیر المقـدور، ویشترط فیه جهل المالک بعجزالعامل . (الشریعتمداری).

أُجره عمله(۱) مع جهله(۲) بالبطلان(۳) ، ويكون ضامناً(۴) لتلف(۵) المال(۶) ، إلّا

۱- ۱. بالمثل . (المرعشی). * بل أقلّ الأمرین منه ومن المسمّی، وفی إطلاق ضمانه تأمّل . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. بل مع علمه أیضاً فإنّه لم یُقدِم علی التبرّع، بل علی المعاوضه . (المرعشی).

۳- ۳. أو بـالعجز . (الفیروزآبادی). * ومع علمه أیضاً إذا کان العمل مبتیّاً علی المضاربه . (الکوه کَمَری). * ویقرب ذلک مع العلم به أیضاً . (عبدالهادی الشیرازی). * مرّ فی الإجاره تفصیل ذلک . (الخمینی). * لا فرق بین العلم والجهل، إلّا إذا تحقّق التبرّع والمجّانیّه . (السبزواری). * بل مع علمه أیضاً إذا کان العمل مبتیّاً علی المضاربه . (الروحانی).

۴- ۴. مقتضـی ما تسالموا علیه من أنّ « ما لا یُضـمَن بصـحیحهِ لا یُضـمَن بفاسده »(المغنی لابن قدامه : ۶/۱۴۶ ، إیضاح الفوائد لابن العلّامه : ۴/۳۴۷ ، جامع المقاصـد للکرکی : ۴/۶۱.) عـدم الضـمان، نعم، لو کان فی المقام إظهار القـدره مع العجز الواقعیّ وکان بناؤهاالاستیلاء علی مال الغیر عـدواناً فیضـمن مطلقاً، وکـذا إن قلنا بعدم جریان القاعدهفی المضاربه مطلقاً، بل فی الجمله، وفی موارد خاصّه؛ لشـدّه تحفّظ الناس علیرأس مالهم؛ ولـذا یکون الربح وقایهً له، ولا یبعد ذلک، بل یمکن اسـتظهاره منالموارد المتفرّقه أیضـاً . (السبزواری). * الالـتزام بالضـمان حتّی مع الجهـل مبنیّ علی الاحتیـاط؛ إذ لاـ دلیـل علیه إلّا السـیره،فلابـدّ من الاقتصار علی المتیقّن فی موردها . (تقی القمّی).

۵- ۵. فی الضمان مطلقاً نظر وإشکال . (حسن القمّی).

۶- ۶. الظاهر أنّه لا یضـمن مطلقاً . (الخوئی).. * فیما إذا کان التلف بالمضاربه . (عبدالهادی الشـیرازی). * المراد بالمال : هو المقـدار الّـذی یقـدر علی الاتّجـار به، وقـد عرفت فی الحاشـیهالسابقه صـحّه المضـاربه مطلقـاً، أو بالإضـافه إلیه؛ وعلیه فلا وجه لضـمانه بالنسـبه إلیه،وأمّا المقـدار الزائد فالظاهر عدم ثبوت الضـمان فیه أیضاً : إمّا لصـحّه المضاربه فیالمجموع، وإمّا لعدم کون فسادهـا موجبـاً للضـمان، کمـا فی الإجـاره الفاسـده، علی مـامرّ، والفرق بین صوره المزج وعـدمه وکـذا بین صوره تعـدّد الأخذ ووحدته ممّا لاوجه له أصلاً . (اللنکرانی).

مع علم المالك(۱) بالحال، وهل يضمن(۲) حينئـذٍ جميعه لعدم التميّز مع عدم الإذن فی أخذه علی هذا الوجه، أو القدر الزائد؛ لأنّ العجز إنّما يكون بسببه فيختصّ به، أو الأوّل(۳) إذا أخذ الجميع دفعةً، والثانی إذا أخذ أوّلاً بقدر مقدوره، ثمّ أخذ الزائد ولم يمزجه مع ما أخذه أوّلاً؟ أقوال(۴) ،

ص: ۱۳۹

---

۱ - ۱. بل مطلقاً إذا كان إعطاوه المال بعنوان المضاربه الفاسده؛ فإنّ التحقيق فيه ضمانه،كما هو الشأن فی كلّيه المقبوض بمقتضی الوفاء بالعقود الفاسده، ولقد تعرّضنانظيره (كذا فی الأصل، والأصحّ (لنظيره).) فی الإجاره، فراجع . (آقا ضياء).

۲- ۲. مع فرض البطلان لا وجه لهذا التفصيل، بل تابع لكون المقبوض بالعقد الفاسد،فيه ضمان أو ليس فيه ضمان؛ لقاعده « ما يضمن وما لا يضمن » ، نعم، علی القولبالصحّه فی المقدار المقدور يأتی هذا التفصيل . (عبدالله الشيرازی).

۳- ۳. أی ضمان الجميع . (الفيروزآبادی).

۴- ۴. مع فرض بطلان المعامله رأساً لا وجه لهذا التفصيل فی ضمانه، بل لابدّ منضمان جميعه مطلقاً . (آقا ضياء). * إن كان ناظراً فی ما أفاده فی المقام إلی انحلال عقد المضاربه يشكل الحكم؛ إذالانحلال محلّ التأمّل والإشكال، فلا يُترك الاحتياط . (تقی القمّی).

أقواها(١) الأخير(٢) .

١- ١. بل أقواها عدم الضمان مطلقاً . (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

٢- ٢. الأقوى عدم الضمان فيما اتّجر به مطلقاً . (الحائرى). * بل أضعفها؛ لأنّ عجز العامل عن العمل بتمام رأس المال إن كان مانعاً عن صحّهأصل المضاربه فكلّ ما يأخذه ممّا وقع عليه العقد دفعهً أو تدريجاً مقبوض بالعقدالفاسد، فإن قلنا بالضمان يضمن الجميع مطلقاً، وإن قلنا بعدمه بمقتضى قاعده « ما لايُضمَن بصحيحهِ لا يُضمَن بفاسده » لا يضمن أصلًا مطلقاً . وإن كان مانعاً عن الصحّهبالنسبه إلى الزائد عن مقدوره، بأن يكون صحيحاً بالنسبه إلى المقدار المقدوروفاسداً بالنسبه إلى الزائد فمن المعلوم أنّ نسبه العجز والقدره بالنسبه إلى ما أخذهأوّلاً وثانياً على حدٍّ سواء . (الإصفهانى). * بل أقواها الأوّل؛ بناءً على مختاره من كون منشأ الضمان بطلان المضاربه؛ فإنّالجميع مقبوض كذلك، وأمّا على ما قوّيناه فأقواها الثانى مع تعيّنه بالتلف، كما إذاتلف جميع المال قبل العمل، أو تلف الباقى بعد الشروع فى العمل فى جميع ما يقدرعليه منه . (البروجردى). * بل أقواها الأوّل؛ فإنّ وجه الضمان ليس كونه مقبوضاً بالعقد الفاسد؛ فإنّ عقدالمضاربه ممّا لا يضمن بصحيحه؛ ولذا لو كان الفساد من جههٍ اُخرى لم يضمن، بلالوجه فيه : أنّ المالك أذِن فى القبض على وجه العمل والاسترباح، ومع عدم القدرهفالقبض ليس داخلًا فيما أذن فيه فيضمن؛ ولذا لو علم المالك بالحال لا يضمن،فالابتداء والاستدامه مشتركان فى ذلك، فلو تجدّد العجز عن الجميع وجب عليه ردّالزائد، وإلّا ضمن، فاليد على الجميع بعد قبض الجميع ولو تدريجاً غير مأذون فيه،والعجز نسبته إلى الجميع على حدٍّ سواء، فيضمن الجميع ، نعم ، لو اتّجر فى المقدورأو بعضه وتلف فلا يبعد عدم الضمان فيه؛ لانطباق المأذون فيه على ذلك، ولا يترتّبعليه الضمان . (الكوه كَمَرى). * ممنوع؛ فإنّ المفروض وحده المعامله والمضاربه المعيّن فيها مقدار من المالالّذى يعجز العامل عن التجاره بتمامه، فإن قلنا بكون هذا العجز مانعاً عن صحّهأصل المضاربه فكلّ ما يأخذه من هذا المال دفعهً أو تدريجاً مقبوض بالعقد الفاسد،فإن قلنا بالضمان يضمن الجميع مطلقاً، وإن قلنا بعدمه لأجل قاعده « ما لا يُضمَنبصحيحهِ لا يُضمَن بفاسده » لا يضمن مطلقاً، وإن قلنا بكونه مانعاً عن الصحّهبالنسبه إلى الزائد عن مقدوره فمعلوم أنّ نسبه العجز والقدره بالنسبه إلى ما أخذهأوّلاً وثانياً على حدٍّ سواء، لا ترجيح لأحدهما على الآخر، ومن ذلك يظهر ما فيقوله بعد ذلك : « إنّ الأوّل وقع صحيحاً والبطلان مستند إلى الثانى » فإنّ المفروضوقوع مضاربهٍ واحده على مجموع المال، وما أخذه أوّلاً بقدر مقدوره لم يكن متعلّقاًلمضاربهٍ مستقلّهٍ على حِدَهٍ، ولا يبعد القول بعدم الضمان مطلقاً . (الإصطهباناتى). * بل الأوّل . (عبدالهادى الشيرازى). * لا قوّه فيه؛ لأنّه بعد فساد المعامله إن قلنا بأنّ المقبوض به يوجب الضمانفالضمان فى الكلّ؛ لفساد الكلّ، وإن قلنا بعدم الضمان لقاعده « ما لا يُضمَنبصحيحهِ لا يُضمَن بفاسده » فلا ضمان فى الكلّ، وهو الأقوى، فعلى كلّ حالٍالتفصيل لا وجه له . (البجنوردى). * مع فرض البطلان لا وجه لهذا التفصيل . (أحمد الخونسارى). * الأوّل لا يخلو من قوّه، ووجهه عدم كون القبض مأذوناً فيه فى الفرض؛ إذ إذنهفى القبض على وجه العمل والاسترباح، ومع العجز لا إذن بالنسبه إليه، فيده علىالمجموع بعد قبضه ولو بالتدريج يد ضمان، وليست أمانيّه شرعيّه، ولا مالكيّه،وليس الوجه كونه مقبوضاً بالعقد الفاسد حتّى يُجاب بأنّ المضاربه من مصاديق مالا يُضمَن بصحيحه، وبالجمله : ما قوّاه فى غايه الضعف بعد كون القبض بعقد واحدولو كان بالتدريج .

(المرعشی). * هـذا إذا أنشأ المضاربه بالمعاطاه بأن أعطی المقـدور بقصـد المضاربه، ثمّ أعطیالزائـد ولم یمزجه، وأمّا لو أنشـأ العقـد علی الزائـد فالعقـد باطـل علی مختـاره، وحیثـإنّ الإعطاء مبنیّ علی القـدره فالیـد یـد ضـمان بالنسـبه إلی المجموع، وعلیه فالأقویالأوّل، وأمّا علی ما اخترناه من عـدم اشتراط القـدره فی العقـد فالأقوی الثانی،ویکون الزائد فی المقدور بنحو الإشاعه، من غیر فرقٍ بین مـا إذا أخـذ الجمیع دفعهًأو تـدریجاً . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * بل الثانی . (محمّـد الشـیرازی). * لا وجه له حتّی یکون أقوی؛ لأنّـه مع البطلان ـ کمـا هو مختـاره ـ یکون مضاربهفاسـده، فإن قلنا بأنّ « ما لا یُضـمَن بصـحیحهِ لا یُضـمَن بفاسده » أیضاً فلا وجهللضمان، وإن لم نقل به فلا وجه للتفصیل . (السبزواری). * الأقوی عدم الضمان مطلقاً . (الروحانی).

ودعوى أنّه بعد أخذ الزائد تكون يده على الجميع، وهو عاجز عن المجموع من حيث المجموع، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه؛ إذ لو ترك الأوّل وأخذ الزياده لا ـ يكون عاجزاً كما ترى؛ إذ الأوّل وقع(١) صحيحاً(٢) ، والبطلان مستند إلى الثانى وبسببه، والمفروض عدم المزج.

ص: ١۴٢

---

١ – ١. ليس فى البَين إلّا مضاربه واحده تصحّ بالنسبه إلى المقدور دون غيره،والمفروض أنّ فاسدها لا يوجب الضمان فكيف يصحّ التفكيك؟ ! (السبزوارى).

٢ – ٢. لا أدرى كيف وقع صحيحاً مع أنّه لم يقع إلّا مضاربةً واحدةً واقعةً على المجموعوما أخذ أوّلاً بمقدار مقدوره لم يكن متعلّقاً لمضاربةٍ مستقلّهٍ على حِدَه؟ !(الإصفهانى). * هذا فيما إذا كان عقدان ومعاملتان إحداهما واقعه على المقدور، والاُخرى عليغير المقدور صحيح، ولكنّ هذا خلاف المفروض فى المقام؛ إذ المفروض فى المقامأنّ معاملةً واحدةً وعقداً واحداً تعلّق برأس مالٍ يكون العامل عاجزاً عن التجارهبمجموعه، فتكون هذه المعامله فاسدةً بالنسبه إلى المجموع، ولا ـ يقاس بباب تبعّضالصفقه للانحلال هناك إلى معاملتين، ولا معنى للانحلال هاهنا، فتأمّل . (البجنوردى).

هذا، ولكن ذكر بعضهم(۱) : أنّ مع العجز المعامله صحیحه، فالربح مشترک، ومع ذلک یکون العامل ضامناً مع جهل المالک، ولا وجه له(۲) ؛ لما ذکرنا، مع أنّه إذا کانت المعامله صحیحهً لم یکن وجه(۳) للضمان(۴) ، ثمّ إذا تجدّد العجز فی الأثناء وجب علیه ردّ الزائد(۵) ، وإلّا ضمن(۶) .

المضاربه علی ماله الموجود فی ید غیره

(مسأله ۱) : لو کان له مال موجود فی ید غیره أمانهً أو غیرها فضاربه علیها صحّ، وإن کان فی یده غصباً أو غیره ممّا تکون الید فیه ید ضمان فالأقوی(۷) أنّه یرتفع(۸)

۱- ۱. بل کلّهم فیما أعلم، وهو الوجه، ولا تلازم بین الصحّه وعدم الضمان_ کما تری _ فی موارد تخلّف العامل عن الشروط أنّه ضامن، مع أنّ الربح بینهما .(البروجردی). * بل أسند إلی الکلّ، وهو الأقوی، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. یمکن توجیهه بوجهٍ حَسَن . (السبزواری).

۳- ۳. وجه الضمان هو کون الإعطاء مبتیّاً علی القدره، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. لا ملازمه بین صحّه المعامله وعدم الضمان، کما سیأتی فی المسأله (۵).(السبزواری).

۵- ۵. مع العجز عن البعض، وردّ التمام مع العجز مطلقاً . (الخمینی).

۶- ۶. بالنسبه حالاً، وزماناً . (محمّد الشیرازی).

۷- ۷. فی الأقوائیّه إشکال؛ إذ مجرّد عقد المضاربه لا یقتضی کون الید أمانیّه،بل المیزان فی ارتفاع الضمان کون المالک راضیاً بکون المال فی ید العامل،إلّا أن یقال : کیف لا یکون راضیاً مع أنّ قوام المضاربه بکون المال فی ید العامل؟ (تقی القمّی).

۸- ۸. إذا کان إیقاع المضاربه معه قرینهً ظاهرهً علی الإذن فی إبقاء الید علیه، وإلّا فلاوجه للارتفاع؛ لِما مرّ من أنّه لا یعتبر فی حقیقتها أن یکون المال بید العامل .(اللنکرانی).

الضمان(۱) بذلک(۲) ؛ لانقلاب الید(۳) حینئذٍ(۴) ، فینقلب الحکم.

ص: ۱۴۴

۱- ۱. إن صدق کون القبض عن إذنٍ ولو بقاءً، وکذا الحال فی الرهن حرفاً بحرف .(المرعشی). * إن تحقّق إذن المالک بکون المال فی یده . (السبزواری).

۲- ۲. بناءً علی لزوم کون المال بید العامل، وقد بیّن فی الأمر الثامن عدم لزومه . (عبداللهالشیرازی).

۳- ۳. انقلاب الید بصرف وقوع عقد المضاربه مشکل؛ لعدم ملازمته مع الإذن بکونرأس المال فی ید العامل، نعم، لو کان قرینهٌ علی إذنه فی کونه بیده فیصحّ الانقلابحینئذٍ، ویرتفع الضمان . (البجنوردی). * هذا لا یخلو من شوب الإشکال؛ إذ المضاربه لیس إذناً فی القبضکی تنقلب الید، خصوصاً علی القول بعدم اشتراط کون رأس المال بید العامل .(المرعشی). * إذا کان إنشاء المضاربه ظاهراً فی الإذن فی إبقاء الید علیه، کما لا یبعد ذلک، وإلّافلا وجه للانقلاب، وکذلک فی الرهن . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لظهور عقد المضاربه برضی المالک کون المال فی ید العامل . (محمّدالشیرازی). * إذا کان إطلاق العقد ظاهراً فی الإذن بکونه فی ید العامل، وإلّا فالصحیح ما ذکرهالجماعه؛ لِما تقدّم من أنّه لا یُعتبر فی المضاربه کون المال بید العامل، وظهوره فیذلک محلّ تأمّل . (الروحانی).

۴- ۴. انقلاب الید لا وجه له، والمضاربه لیست إذناً فی القبض حتّی ینقلب الید، سیّماعلی القول بعدم اشتراط کون رأس المال بید العامل . (الکوه کَمَری).* مرّ أنّه لا ـ یُعتبر فی المضاربه کون المال بید العامل؛ وعلیه فلا دلاله لعقدها علیرضاء المالک ببقاء المال فی ید الغاصب من دون قرینه إلّا أنّ عقد المضاربه منالمالک علی ذلک المال قرینه عرفیّه علی رضاه ببقاء هذا المال فی یده وتصرّفه فیه؛وعلیه فلا ضمان، نعم، لو لم تکن هنا قرینه علی ذلک فالصحیح ما ذکره الجماعهمن بقاء الضمان (وفی نسخهً أُخری منه قدس سره : (مرّ أنّه لا یعتبر فی المضاربه کون المال بید العامل، وعلیه فلا دلالهلعقدها علی رضا المالک ببقاء المال فی ید الغاصب من دون قرینه، فالصحیح ما ذکره الجماعهمن بقاء الضمان)). (الخوئی).

ودعوی أنّ الضمان مغيّاً بالتأديه ولم تحصل كما تری(۱) ، ولكن ذكر جماعه بقاء الضمان، إلّا إذا اشتری به شيئاً ودفعه(۲) إلی البائع(۳) فإنّه يرتفع الضمان به؛ لأنّه قد قضی(۴) دَينه(۵) بإذنه، وذكروا نحو ذلك فی الرهن أيضاً، وأنّ العين إذا كانت فی يد الغاصب فجعله رهناً عنده أنّها تبقی علی الضمان،

۱- ۱. ولا أری وجهاً لرفع الضـمان إلّا دعوی اقتضاء عقد المضاربه كون يده يد المالك،كالوكاله والوديعه، وفيه نظر ظاهر؛ لأنّ مجرّد كونها يد أمانهٍ ومأذونهً لايقتضی مثلهذا التنزيل، وحينئذٍ من أين حصلت الغايه لعموم « علی اليد » ؟ (آقا ضياء).

۲- ۲. إنّ الشراء به حيث كان مأذوناً فيه يرتفع الضمان به وإن لم يحصل الردّ، ولا يخلوهذا من شوب الإشكال . (المرعشی). * أی بإذن المالك، وإلّا فلا وجه لارتفاع الضمان . (اللنكرانی).

۳- ۳. بل يرتفع الضمان له بمجرّد الشراء به من دون احتياج إلی الدفع، نعم، يحتاج إلیإذن البائع . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۴- ۴. مع ظهور كلامه فی كون الشـراء بالعين كيف يكون من باب قضاء دينه؟ بل الأولیفی الوجه أن يقال : إنّه من باب تمليكه الغير الّذی هو بمنزله إتلاف المالك إيّاه الرافعلضمانه قهراً، بمناط كون قرار الضمان علی من ينسب إليه الإتلاف . (آقا ضياء).

۵- ۵. إذا اشتری فی الذمّه ودفعه وفاءً، أمّا إذا اشتری بنفس المال فلأنّه بدّله بإذنه .(مهدی الشيرازی).

والأقوی ما ذکرنا(۱) فی المقامَین(۲) ؛ لما ذکرنا.

جواز فسخ عقد المضاربه

(مسأله ۲) : المضاربه جائزه من الطرفَین، یجوز لکلٍّ منهما(۳) فسخها(۴) ، سواء کـان قبل الشـروع فی العمل . . . .

۱- ۱. بل الأقوی ما ذکروه . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. ارتفـاع الضـمان بـالرهن والإجـاره وإن کان قویّاً لکنّه فی المقام وأشـباهه من العقودالإذنیّه مشـکل . (النائینی). * ارتفاع الضـمان بمثـل الرهن والإجـاره وإن کـان لاـ یخلو من القوّه إلّا أنّه فی المقامونظائره من العقود الإذنیّه ، لا یخلو من الإشـکال . (الإصطهباناتی). * والمناط فیهما تحقّق الإذن عرفاً . (السبزواری). * فیه نظر وإشکال فی المقامَین . (حسن القمّی).

۳- ۳. بمعنی جواز رجوع المالـک عن الإـذن فی التصـرّف فی مـاله، وجواز رفعالعامل یـده عن العمل وامتناعه منه فی أیّ وقتٍ کان، وأمّا جواز الفسخ بمعنیرفع الید عمّا عیّناه للعمل والمال من الربح والرجوع إلی اُجره المثل بعد ظهورالربح فلا . (المرعشـی).

۴- ۴. بمعنی أنّه یجوز للمالـک الرجوع عن الإـذن فی التصـرّف فی مـاله، وللعـاملرفع الیـد عن العمـل والامتناع منه فی أیّ وقتٍ کـان، وأمّـا مـا تسالمـا علیهوعیّنـاه للمـال وللعمـل مـن الربـح فلاـ یجـوز فســخه، والرجـوع إلی اُجره المثـل بعـدظهور الربـح . (الإصطهباناتی). * بمعنی أنّه یجوز للمالک الرجوع عن الإذن فی التصرّف فی ماله، وللعاملالامتناع من العمل فی أیّ وقتٍ کان، وأمّـا مـا عیّناه للمال وللعمل من الربـح فلا یجوزفسـخه، والرجوع إلی اُجره المثل بعـد ظهور الربـح، بل وبعـد الشـروع فی العمل أیضـاًإذا کانـا بـاقیَین علی الإـذن والعمـل . (البروجردی). * یعنی للمالک الرجوع عن الإذن فی التصـرّف، وللعامل الامتناع من العمـل فی أیّوقت، وأمّا الفسـخ بعـد العمل والرجوع إلی اُجره المثل دون ما عیّناه من الربحفالأقوی عـدم جوازه . (محمّـد رضـا الگلپایگانی).

اشتراط عدم الفسخ فی المضاربه

أم بعده(۱) قبل حصول الربح، أو بعده(۲) نضّ المال، أو کان به عروض، مطلقاً کانت أو مع اشتراط الأجل(۳) ، وإن کان قبل انقضائه، نعم، لو اشترط فیها عدم(۴) الفسخ إلی زمان کذا یمکن أن یقال بعدم جواز فسخها قبله، بل هو الأقوی(۵) ؛ لوجوب الوفاء(۶) بالشرط(۷) ،

۱- ۱. وأمّا بعد العمل فالظاهر عدم جوازه . (مفتی الشیعه).

۲- ۲. الفسخ هنا بمعنی رفع الید عن أصل المضاربه، لا ـ نقض ما عیّناه والرجوع إلیاُجره المثل . (السبزواری). * لا بمعنی اختصاص الربح بأجمعه بالمالک بعد الفسخ، بل بمعنی أنّ حصول العملوظهور الربح لا یوجب لزوم المضاربه بالإضافه إلی التجاره الآتیه؛ فإنّه یجوز لکلٍّمنهما فسخها مطلقاً، فیرجع المالک عن إذنه فی التصرّف، ویمتنع العامل عن العملفی أیّ وقت . (اللنکرانی).

۳- ۳. بمعنی أنّ لکلّ واحدٍ جواز المتارکه عند أجل کذا، لا بمعنی عدم الفسخ قبله .(الفیروزآبادی).

۴- ۴. أی عدم تحقّق الفسخ خارجاً مع کونه مالکاً له، وأمّا لو کان المشروط عدم ملکیّهالفسخ رأساً بحیث کان مرجعه إلی لزوم المعامله فالشرط باطل؛ لکونه مخالفاًلمقتضی العقد، ولعلّ نظر المشهور إلی هذا الفرض . (اللنکرانی).

۵- ۵. بل الشرط مطلقاً یوجب لزوم العقد تکلیفاً، ولکن إذا فسخ ینفسخ . (الحائری). * فیه إشکال . (الفیروزآبادی).

۶- ۶. الأحوط وجوب الوفاء بالشرط تکلیفاً إذا شرط أن لا یفسخ، لکن إذا فسخینفسخ، وأمّا إذا شرط أن لا یملک الفسخ فالأقوی بطلان الشرط والعقد، کما أفتی بهالمشهور . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. فیه إشکال . (أحمد الخونساری).

ولكن عن المشهور(۱) بطلان(۲) الشرط(۳) المذكور(۴) ، . . . .

۱- ۱. إن كان الشرط لزوم العقد أو عدم انفساخه، نعم، لو شرط عدم فسخه فلا وجهللبطلان . (الكوه كَمَرى). * الظاهر أنّ مورد كلام المشهور لو رجع الشرط إلى لزوم المعامله، أو أنّ المالك لايملك الفسخ، وأمّا لو كان المراد أن لا يفسخ فلا مانع منه . (صدرالدين الصدر).

۲- ۲. الظاهر أنّ ما أفتى المشهور ببطلانه هو ما إذا اشترط أن لا يملك الفسخ إلى زمانكذا دون ما إذا اشترط أن لا يفسخ، نعم، مقتضى ما صرّحوا به من عدم لزوم الشرطفى ضمن العقود الجائزه هو تساوى وجود هذا الشرط لعدمه، وهو كذلك . (النائينى،جمال الدين الگلپايگانى). * هو الحرىّ بالقبول لو كان المشروط لزوم العقد، أو عدم انفساخه على نحو شرطالنتيجه، وأمّـا شرط الفعل بأن يلتزم بعدم الفسخ فلا يوجب البطلان، نعم، يحتاج لزومه إليأن يكون فى ضمن عقدٍ لازم، لا فى ما كان جائز الطرفين، كما فيما نحن فيه، نعم،لو قيل بلزوم الشروط الابتدائيّه لكان صرف اشتراطه كافياً فى اللزوم . (المرعشى).

۳- ۳. وهو الأقوى وليس لزومها وعدم فسخها بأىّ معنىً كان ممّا يقبل الاشتراط .(البروجردى). * الحقّ أنّه لو اشترط لزوم العقد وأنّه ليس له حقّ الفسخ فالشرط باطل؛ لأنّه عليخلاف مقتضى العقد، وأمّا إذا اشترط عدم حلّ الفسخ فلا يكون الشرط باطلاً فضلاًعن العقد وبطلان العقد، فى الصوره الاُولى فرع كون الشرط الفاسد مفسداً، وهو فيصوره العقد مبنيّاً عليه، وكونه منفيّاً لمضمونه . (عبدالله الشيرازى). * ما ذكره المشهور له وجه قوىّ ولكن لا يوجب فساد العقد، ولو شرط عدمفسخها فى ضمن عقدٍ آخر فلا إشكال فى صحّه الشرط ووجوب الوفاء به، وفى ماذكره المصنّف فى هذه المسأله مواقع للنظر . (حسن القمّى).

۴- ۴. الشرط المذكور لا يُخرِج المضاربه عن حقيقتها الّتى هى إذن فى الاسترباحبالمال واشتراك فى الربح، فلا معنى لانقلابها عن الجواز الطبعىّ إلى اللزوم بالشرط،وهذا معنى عدم وجوب الوفاء به، نعم، الشرط الفاسد حيث لا يكون موجباً لفسادالمشروط على المختار لا يكون الشرط المذكور مبطلاً للمضاربه . (الفانى).

بل العقد(۱) أیضاً(۲)؛ . . . .

ص: ۱۴۹

۱- ۱. الأقوی صحّه العقد، وفساد الشرط . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. ذکرنا فی محلّه أنّ اشتراط العقد بشیءٍ لیس معناه مجرّد مقارنه التزام مع التزامٍآخر، بل هو یختلف باختلاف الموارد، فقد یکون معنی الشرط فی ضمن العقدتعلیق الالتزام بالعقد والوفاء به علیه، کما إذا اشترط فی بیع عبدٍ مثلًا کونه کاتباً أوعادلاً أو ما شاکل ذلک، وقد یکون معناه تعلیق نفس العقد علی الالتزام بشیءٍ، کماإذا اشترطت المرأه فی عقد النکاح السکنی فی بلدٍ معیّنٍ مثلاً أو نحو ذلک، وقدیکون کلا الأمرین معاً، کما إذا اشترط البائع أو المشتری علی الآخر خیاطه ثوبٍ أوکتابه شیءٍ مثلاً . ثمّ إنّ الاشتراط فی ما نحن فیه لیس من قبیل الأوّل؛ حیث إنّه لا التزام هنابالعقد حتّی یعلّق علی شیءٍ آخر، بل هو من قبیل الثانی، بمعنی أنّ المعلّق علیالالتزام بشیء إنّما هو عقد المضاربه نفسه؛ وعلیه ففی ما نحن فیه إن کان المعلّقعلیه هو لزوم العقد ووجوب الوفاء به فهو باطل، وإن کان هو الالتزام بعدم فسخهخارجاً فهو صحیح، ویجب علیه الوفاء به، ولکن لا یوجب لزوم العقد وضعاً، ومنهنا إذا فسخ کان فسخه نافذاً وإن کان غیر جائز، وکذا الحال فیما إذا اشترط فیضمن عقدٍ آخر، وبذلک یظهر الحال فی سائر فروض المسأله (فی نسخهٍ اُخری منه قدس سره : ذکرنا فی محلّه أنّ اشتراط العقد بشیءٍ لیس معناه مجرّد مقارنه التزامٍمع التزام آخر، کما أنّه لیس من تعلیقه علی وجوده، بل معناه تعلیق الالتزام بالعقد والوفاء بهعلیه؛ وعلیه فلا یصحّ اشتراط لزوم العقد، ولا عدم فسخه فی المقام وفی غیره من العقودالجائزه، نعم، الأظهر عدم بطلان العقد ببطلان شرطه، هذا ویمکن اشتراط عدم فسخ العقدالجائز فی ضمن عقد آخر، ویجب الوفاء به حینئذٍ بلا إشکال .). (الخوئی). * الأقوی صحّته وإن کان الشرط المذکور فاسداً، وفی التعلیل نظرأیضاً . (المرعشی).

لأنّه منافٍ(۱) لمقتضى(۲) العقد(۳) ، وفيه منع، بل هو منافٍ

۱- ۱. إن كان المشروط لزوم عقدها بحيث لم ينفسخ بالفسخ مقابل جوازه فما عنالمشهور من بطلان الشرط صحيح، وما علّل به من كونه منافياً لمقتضـى العقد متين،نعم، فساد العقد به مبنيّ على كون الشرط الفاسد مُفسِداً، وحيث لا نقول به لا نقولبه، والّذى نقول به فيما إذا كان الشـرط منافياً لمضمون العقد أو لوازمه العرفيّه، لافيما إذا كان منافياً لبعض أحكامه الشرعيّه كما فى المقام، وإن كان المشـروط عدمفسخه بأن يكون هو الملتزم بحيث لو فسخ المشروط عليه ينفسخ العقد وإن خالفالشرط فهذا لا مانع من صحّتـه، وليس مخالفـاً لمقتضـى العقـد، نعـم، لابـدّ أن يكـون هذاالشـرط فى ضـمن عقـدٍ لازم، لاـ فيمـا هـو جـائز من الطرفَين، كالمضاربه، ولعلّ نظرالمشهور إلى الصوره الاُولى، وقد تبيّن أنّ عدم الصحّه فيها هو الأقوى . (الإصفهانى).
۲- ۲. هذا صـحيح إذا كان الشـرط لزوم العقد، وأن لا يكون مالكاً للفسخ، فإنّه خلافمقتضـى العقد الجائز، وأمّا إذا كان الشـرط عـدم صـدور الفسـخ عنه وعـدم إعمـاله لِمايملـك فلاـ مـانع من الاشتراط من هـذه الجهه، أى من جهه منافاته لمقتضـى العقـد، نعم،يبقى شىء آخر، وهو : أنّ الشروط فى ضمن العقود الجائزه ليست بلازمه، كما ذهبإليه المشهور، وهو الصحيح، فلا يبقى أثر وفائده لهذا الشرط، نعم، لو وقع هذاالشرط فى ضمن عقدٍ لازمٍ آخر يجب الوفاء به، ولا يجوز الفسخ . (البجنوردى).
۳- ۳. إن كان المراد من اشتراط عدم الفسخ إلى زمان كذا هو اشتراط أن لا يملكالفسخ، بمعنى اشتراط لزومها بحيث لم ينفسخ بالفسخ مقابل جوازها، فما عنالمشهور من بطلان الشرط المذكور هو الأقوى؛ لكونه منافياً لمقتضى العقد؛ولعلّ نظر المشهور إلى بطلاـن هـذا الشـرط . وإن كـان المراد مـن اشتراطعـدم الفسـخ اشـتراط أن لاـ يفسـخ مع كـونه مالكـاً للفسـخ، بحيـث لـو فسـخ المشـروطينفسخ العقد وإن خالف الشرط فهذا لا مانع من صحّته؛ لعدم كونه مخالفاًلمقتضى العقد، نعم، فى لزومه لابدّ أن يكون فى ضـمن عقدٍ لازم، لا فيما هو جائزمن الطرفَين كالمضاربه . (الإصـطهباناتى). * المنافى هو شرط عدم الفسخ، فإن كان عباره اُخرى عنه عرفاً ففى كونه منافياً ثمّكونه مراد المشـهور أيضاً تأمّل، بل منع، ولكنّ شرط عدم الفسخ لا ينفع إلّا إذا شرطفى ضمن عقدٍ لازمٍ آخر، وعلى فرض كونه فاسداً وشرط فى عقد المضاربه لايفسد به أصل العقد . (السبزوارى). * إن كان الشرط لزوم العقد وعدم انفساخه بالفسخ صحّ ما ذكره المشـهور من كونهمنافياً لمقتضـى العقد، وإن كان الشرط عدم الفسخ بطل الشرط، لا لِما ذكره المشـهور،بل لأنّ حقيقه الشـرط حيث تكون تعليق الالتزام بالعقـد والوفاء به عليه فلا يصحّشـرط عدم الفسخ فى العقود غير اللازمه . نعم، لا مانع من اشتراط عـدم فسخ العقدالجائز فى ضـمن عقدٍ آخر لازم، ويجب الوفاء به، ولكن لو فسـخه ينفسـخ وإنعصى، وعلى جميع التقادير لا يبطل العقد . (الروحانى).

لإطلاقه(١) . . . .

ص: ١٥١

---

١ - ١. اشتراط عـدم الفسـخ ـ كما هو المفروض ـ غير منافٍ لإطلاقه أيضاً؛ لعـدم اقتضاءالعقـد، ولا إطلاقه الفسـخ وعـدمه، بل مقتضـاه أو مقتضـى إطلاـقه جواز العقـد مقابلاـللزوم، وشـرط عـدم الفسـخ لا يقتضـى اللزوم حتّى ينافى مقتضـى العقـد، فشـرط اللزومباطل غير مبطلٍ للعقد، وشـرط عدم الفسخ صـحيح، والظاهر أنّه يجب العمل به مادام العقد باقياً، فإذا شـرط فى ضمن عقد المضاربه عدم الفسخ يجب العمل به، لكنلو فسخ ينفسخ وإن عصـى بمخالفه الشـرط، وإن شـرط فى ضمن عقدٍ جائز آخريجب العمل به ما دام ذلك العقد باقياً، ومع فسـخه يجوز فسخ المضاربه أيضاًبلا عصـيان . ولو شـرط فى ضـمن عقدٍ لازمٍ عدم الفسخ يجب الوفاء به مطلقاً،لكن لو فسخ المضاربه تنفسخ؛ لعدم اقتضاء شـرط عدم الفسخ لزومها بوجه،فما فى المتن من صيروره العقد لازماً غير تامٍّ، سواء كان فى ضمنه أم ضمنعقدٍ آخر، لازمٍ أو جائز . (الخمينى). * مقتضى التحقيق عدم التنافى بين اشتراط عدم الفسـخ وبقاء العقـد عليجوازه؛ فإنّ أثر الاشتراط فى المقام عـدم جواز الفسـخ تكليفاً، وأمّا العقـد فهوباقٍ على جوازه، ولا يمكن جعله لازماً بالشرط؛ إذ الشرط المخالف مع المقرّرالشرعىّ غير نافذ . (تقى القمّى).

ودعوی أنّ(۱) الشرط(۲) فی العقود الغیر اللازمه غیر لازم الوفاء(۳) ممنوعه(۴) ، نعم، یجوز فسخ العقد فیسقط الشرط، وإلّا فما دام العقد باقیاً یجب الوفاء بالشرط فیه، وهذا إنّما یتمّ فی غیر الشرط(۵) الّذی مفاده عدم الفسخ مثل المقام، فإنّه یوجب لزوم ذلک العقد(۶) .

۱- ۱. هذه الدعوی صحیحه جدّاً، وما وجّه علیها من المنع غیر موجّه . (الإصفهانی).

۲- ۲. لا تبعد صحّه الدعوی المذکوره . (محمّد الشیرازی).

۳- ۳. لا سبیل إلی المنع عنها، وسیأتی توضیحه . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. فی المنع تأمّل، فتأمّل فی الفروع الآتیه . (الفیروزآبادی). * لا سبیل إلی المنع عنها، وسیأتی توضیحه . (النائینی). * بل مقبوله . (الکوه کَمَری). * المنع لا یخلو من منع . (صدرالدین الصدر). * بل صحیحه . (الإصطهباناتی). * فی المنع منع . (المرعشی).

۵- ۵. التحقیق : أنّ مطلق الشرط الجائز واجب الوفاء فی العقود الجائزه، وإذا فسخ العقدلا یجب الوفاء؛ لزوال الموضوع، فهو من قبیل الواجب المشروط . (عبدالله الشیرازی).

۶- ۶. لو فرض کون الشرط فی ضمن العقد الجائز مقیّداً لزومه ببقاء العقد فامتیاز هذاالشرط عن غیره فی ذلک لم یظهر موجبه . (النائینی). * بل یوجب حجره عن الفسخ، وعدم نفوذه منه، لا لزوم العقد . (مهدی الشیرازی). * مرّ الإشکال فیه وفی ما بعده . (الخمینی). * تکلیفاً علی الأحوط، لا وضعاً، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * أی عدم التمکّن من الفسخ . (محمّد الشیرازی). * فیه منع . (السبزواری). * قد ظهر ممّا ذکرنا أنّ شرط عدم الفسخ لا یرجع إلی اللزوم، وشرط اللزوم باطل .(اللنکرانی).

أحكام الشروط فى المضاربه

هذا، ولو شرط عدم فسخها(۱) فى ضمن عقدٍ لازمٍ آخر فلا إشكال(۲) فى صحّه الشرط ولزومه(۳) .

ص: ۱۵۳

۱- ۱. بالمعنى الّذى ذكرناه . (صدرالدين الصدر).

۲- ۲. لو كان بنحو شرط الفعل، كما تقدّم . (المرعشى).

۳- ۳. إذا كان المشروط عدم الفسخ، لا لزوم العقد، والّذى لا ينافى مقتضى العقد هوالأوّل، لا الثانى، كما مرّ . (الإصفهانى). * إذا كان المشـروط عدم الفسخ مع كونه مالكاً له، لا لزوم العقد وعدم مالكيّته له،كما مرّ . (الإصطهباناتى). * بل هو أيضاً باطل على الأقوى . (البروجردى). * إذا كان المشـروط عدم الفسخ، لا لزوم العقد . (أحمد الخونسارى). * بل الأقوى عدم وجوب الوفاء به؛ لأنّ قوام العقود الإذنيه إنّما هوبالإذن، والشـرط وإن وقع فى عقدٍ لازمٍ لا يوجب قلبها؛ ولذا لو شـرط الوكالهفى ضـمن عقدٍ لازمٍ لم تلزم، وجاز فسخها، ومن هنا ظهر ما يتعلّق بهذه المسألهإلى آخرها . (الفانى). * تكليفاً إن شرط أن لا يفسخ، وأمّا إن شرطٍ أن لا يملك الفسخ فالشرط باطل،كما مرّ . (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن لم يكن من الشرط المنافى لمقتضى عقد المضاربه فيفسد الشـرط؛ من حيثكونه خلاف السنّه، والظاهر أنّ شرط اللزوم منافٍ له، بخلاف شرط عدم الفسخ .(السبزوارى). * أى لزوم الوفاء به، لا لزوم المضاربه . (اللنكرانى).

وهذا يويّد ما ذكرنا من عدم كون الشرط المذكور منافياً لمقتضى العقد؛ إذ لو كان منافياً(۱) لزم عدم(۲) صحّته(۳) فی ضمن عقد آخر أیضاً، ولو شرط فی عقد مضاربهٍ اُخری سابقهٍ صحّ ووجب الوفاء(۴) به(۵) ، إلّا أن یفسخ هذه المضاربه فیسقط(۶) الوجوب.

کما أنّه لو اشترط فی مضاربهٍ مضاربهً اُخری فی مالٍ آخر، أو أخذ بضاعه منه، أو قرض، أو خدمه، أو نحو ذلک(۷) وجب

۱- ۱. هذه الدعوی بمکانٍ من الضعف، بل الغرابه . (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- ۲. هذه الدعوی بمکانٍ من الضعف، بل الغرابه . (النائینی).

۳- ۳. تبیّن عدم الملازمه . (الروحانی).

۴- ۴. بل لا یجب فیه وفی تالیه . (الإصفهانی). * تبیّن عدم لزومه ممّا قدّمناه . (النائینی).

۵- ۵. الأقوی عدم وجوب الوفاء به . (الإصطهباناتی). * لقد ظهر ممّا تقدّم فی الحاشیه السابقه أنّ کلّ شرطٍ والتزامٍ وقع فی ضمن العقودالجائزه لا یجب الوفاء به، فهذا الشرط وجمیع ما ذکره فی هذا الفرع من الشروطفی ضمن عقد المضاربه لا یجب الوفاء به، سواء فسخ المضاربه الاُولی، أم لا .(البجنوردی). * محلّ إشکال فیه وفی تالیه . (أحمد الخونساری). * تکلیفاً علی الأحوط فی شرط أن لا یفسخ، دون أن لا یملک الفسخ فإنّه باطل،کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * قد ظهر ممّا قدّمناه عدم لزومه . (الروحانی).

۶- ۶. بل یثبت، ولا وجه لسقوط وجوبه بفسخ ظرفه؛ إذ الشرط بحدوثه یقتضیوجوب الوفاء به، ولا یدور مدار ظرفه، بل الشرط فی ضمن العقد الفاسد یجبالوفاء به أیضاً . (تقی القمّی).

۷- ۷. تبیّن عدم لزومه ممّا قدّمناه . (جمال الدین الگلپایگانی).

الوفاء به(۱) ما دامت(۲) المضاربه باقیه، وإن فسخها سقط الوجوب.

ولابدّ أن یُحمَل(۳) ما اشتهر من أنّ الشروط فی ضمن العقود الجائزه غیر لازمه الوفاء علی هذا المعنی(۴) ، وإلّا فلا وجه(۵) ؛ لعدم لزومها مع بقاء العقد

۱- ۱. فیه إشکال أظهره العدم . (البروجردی). * علی الأحوط . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. ممنوع، وکذا تالیه . (السبزواری).

۳- ۳. لکنّ هذا الحمل بعید، ومخالف لصریح کلام بعضهم . (المرعشی).

۴- ۴. الظاهر أنّ هـذا المعنی لا اختصاص له بالعقود الجائزه؛ فإنّه إذا انحلّ العقـد اللازمانحلّ الشـرط الواقع فی ضـمنه، فظهر أنّ مرادهم من جواز الشـرط الّذی خَصُّوهبـالعقود الجـائزه دون اللازمه غیر هـذا المعنی، الّذی هو ثابت فی الشـروط فی ضـمنتمام العقود اللازمه و الجـائزه .(الفیروزآبـادی). * لمّا کان الالتزام بالشـرط فی ضـمن الالتزام العقـدیّ لا بالتزامٍ مستقلٍّ آخر،وکان الجواز واللزوم هنـا بـالمعنی الوضـعیّ، الّذی هو عباره عن کون الالتزامالمـذکور بحیث یقبل الانفساخ بالفسـخ، أو لا یقبله دون مجرّد التکلیـف فهـذاالمعنی وإن حکی عن العلّامه رحمه الله (راجع : تحریر الأحکـام : ۲/۳۵۳ ، مختلف الشـیعه : ۶/۲۵۱.) فی بعض کتبه لکنّه ضـعیف غایته . (النائینی،جمال الدین الگلپایگانی). * هذا الحمل لا یتحمّله کلام المشـهور . (الإصفهانی). * هذا الحمل بمراحلٍ عن کلام المشهور . (الإصطهباناتی). * ولکنّ کلمات المشهور تأبی عنه . (السبزواری).

۵- ۵. الوجه تخصـیص دلیل لزوم الشـرط بما دلّ علی جواز العقد الّذی هو فی ضـمنه،وإلّا لکان اللازم لزوم الالتزام بالشرط ولو لم یلتزم بأصل العقد، وهو لا یلتزم به، والتفصـیل لا یسـعه المقام . (الإصـفهانی). * له وجه حسن، وهو کونها من قبیل الشروط الابتدائیّه . (السبزواری).

على حاله، كما اختاره صاحب الجواهر(جواهر الكلام: ۲۵/۱۶۵.)، بدعوى أنّها تابعه للعقد لزوماً وجوازاً، بل مع جوازه هى أولى بالجواز، وأنّها معه شبه الوعد.

والمراد من قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُود)(المائده: ۱.) اللازمه منها؛ لظهور الأمر فيها فى الوجوب المطلق.

والمراد من قوله عليه السلام: «المومنون عند شروطهم»(المدوّنه الكبرى لمالك: ۳/۲۳۵، المبسوط للسرخسى: ۲۳/۳۳، عيون أخبار الرضا عليه السلام :۱/۱۶۹، الاستبصار للطوسى: ۳/۲۳۲.) بيان صحّه أصل الشرط، لا اللزوم والجواز؛ إذ(۱) لا ـ يخفى ما فيه(۲) .

حكم المضاربه بقصد الانتفاع بالنماء

(مسأله ۳) : إذا دفع إليه مالاً ـ وقال: «اشترِ به بُستاناً مثلاً ـ أو قَطيعاً من الغنم»: فإن كان المراد الاسترباح بهما بزياده القيمه صحّ مضاربهً، وإن ان المراد الانتفاع بنمائهما بالاـشتراك ففى صحّته مضاربهً وجهان، من أنّ الانتفاع بالنماء ليس من التجاره، فلا يصحّ(۳) ، ومن أنّ حصوله

۱- ۱. تبيّن ممّا تقدّم أنّه الصحيح . (جمال الدين الگلپايگانى).

۲- ۲. تبيّن ممّا تقدّم أنّه الصحيح . (النائينى). * بل هو الصحيح . (الإصطهباناتى).

۳- ۳. إذا لم يكن المقصود بيع مثل الصوف والشعر والثمره، وإلّا يكون من التجاره قطعاً،ويكون من المضاربه ولو قلنا بعدم جواز المضاربه بالمنفعه؛ لأنّ المقصود مثل منفعه الدار، لا مثل ما ذكر الّذى يكون عيناً، نعم، عند اشتراء البُستان والقطيع إذا لم يكتفى الاُولى ثمره وفى الثانى صوف وشعر كى يقع جزء المشترى بالمال ولو ضمناً لايكون صحيحاً . (عبدالله الشيرازى).

یکون بسبب الشراء، فیکون بالتجاره، والأقوی البطلان مع إراده عنوان المضاربه(۱) ؛ إذ هی ما یکون الاسترباح فیه بالمعاملات وزیاده القیمه، لا مثل هـذه الفوائد، نعم، لا بأس(۲) بضـمّها إلی زیاده القیمه وإن لم یکن المراد خصوص عنوان المضاربه(۳) ، فیمکن(۴)

ص: ۱۵۷

۱- ۱. إذا کـان المقصود الانتفاع بالنماء فکیف یریـد المضاربه یعنیالاسترباح بالتجاره؟ ! اللهمّ إلّا أن یریـد ما هو مـدلول الکلمه إجمالاًبدون تصوّر معناها؛ وحینئذٍ فلا یضرّ بصحّه ما قصدوا علیه، فالأقویالصحّه . (الشریعتمداری).

۲- ۲. فیه الإشکال (کذا فی الأصل، والظاهر أنّ الأصحّ (فیه إشکال).) ، والاحتیاط لا یُترک . (تقی القمّی).

۳- ۳. فیستحقّ اُجره المثل لعمله، والقول بملکیّه النماء لغیر المالک مشکل، نعم، إن أرادالمالک أن یعطیه من باب الوفاء بالوعد فهو منه بإحسان . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. بـل باطـل، و التمسّک لصـحّته بالعمومات فیه إشـکال . (الإصـفهانی). * ولکنّها دعوی فی غیر محلّها، فالأقوی البطلان، ووقوع البیع للمالـک، واسـتحقاقالمشتری اُجره المثل . (صدرالـدین الصـدر). * الحقّ أنّه لا یمکن؛ إذ لا عموم لنا نأخـذ به، أمّا قوله تعـالی : (أَوْفُوا بِـالعُقُودِ)(المائـده : ۱.) فنـاظر إلی اللزوم، وأمّـا قوله تعـالی : (تِجَـارَهٌ عَنْ تَرَاُضٍ)(النسـاء : ۲۹.) فیحتمل اختصـاصه بخصوص البیع؛ إذ لم یثبت کونها موضوعهً للأعمّ منه . وأمّا قوله علیه السـلام :« المؤمنون عنـد شـروطهم » فلا یکون مشرعاً، فلا عموم ومقتضی الأصل الأولیهو الفساد . (تقی القمّی).

دعوی(۱) صحّته(۲) للعمومات(۳) .

۱- ۱. قد عرفت أنّها بعیده جدّاً . (اللنکرانی).

۲- ۲. فی صحّته نظر بعد عدم کونها من المعاملات المتعارفه؛ من جهه انصرافالعمومات عنها . (آقا ضیاء). * علی إشکال فیه . (الکوه کَمَری). * محلّ إشکال . (الإصطهباناتی، أحمد الخونساری). * لکنّ الأقوی بطلانه . (البروجردی). * علی وجه الجعاله . (مهدی الشیرازی). * لا یخفی انطباق عنوان الجعاله علی المقام، لکنّ الّذی یمنع عن الجزم فیالحکم بصحّته استلزام الغَرر الکثیر فی غالب موارده بحیث یوجب السَفَه فیهذه المعامله . (الفانی). * الأقرب هو البطلان . (الخمینی). * والأقوی بطلانه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * علی وجه الجعاله، أو عقداً مستقلّاً وإن لم یکن له عنوان خاصّ . (محمّد الشیرازی). * علی وجه الجعاله، أمّا بعنوان المعامله المستقلّه فلا یخلو منتأمّل . (حسن القمّی).

۳- ۳. فیه إشکال، الأظهر البطلان؛ لأنّ العمومات وردت فی العناوین الخاصّه، وما نحنفیه لیس منها . (البجنوردی). * فیه تأمّل وإشکال . (عبدالله الشیرازی). * بناءً علی عدم اختصاصها بالعناوین المعهوده فی باب المعاملات . (المرعشی). * مع إقدام العرف علیه، وعدم تردّده فیه؛ حتّی لا یکون من التمسّک بالعامّ فیالشبهه المصداقیّه . (السبزواری). * فیه إشکال من جهه کونها غَرریه . (الروحانی).

اشتراط الخساره أو ضمان رأس المال على العامل

(مسأله ۴) : إذا اشترط المالک على العامل أن تکون الخساره علیهما کالربح، أو اشترط ضمانه لرأس المال ففی صحّته وجهان، أقواهما الأوّل(۱) ؛

ص: ۱۵۹

---

۱ – ۱. فیه إشکال، بل الأخبار تدلّ على عدم وقوع المضاربه، بل تصیر قرضاً قهراً أومالاً ویصیر الربح بتمامه للعامل . (الفیروزآبادی). * بل الثانی، وفی کونه موجباً لفساد العقد أیضاً لتقیّد الإذن به نظروإشکال . (جمال الدین الگلپایگانی). * فیه إشکال . (الحائری). * بل الثانی، نعم، لو شرط أ نّه لو وقع نقصان على رأس المالوخسران على المالک خسر العامل نصفه مثلاً من کیسه لا بأس به؛حیث إنّه من الاُمور السائغه، لکن لا یلزم على العامل الوفاء بهذا الشرطإلّا إذا وقع فی ضمن عقدٍ لازم، لا فی ضمن عقدٍ مثل المضاربه ممّاهو جائز من الطرفین . (الإصفهانی). * بل أقواهما الثانی . (الکوه کَمَری). * الأظهر بطلان المعامله على الشرط الأوّل، وعلى الشرط الثانی الأقوى الصحّهوفساد الشرط . (صدرالدین الصدر). * بل الثانی، بل قد یقال : إنّ اشتراط کون الخساره على العامل کأنّه اشتراط لأمرٍغیر معقول . (الإصطهباناتی). * بل الثانی، وفی کونه موجباً لفساد العقد أیضاً لتقیید الإذن به نظر وإشکال .(جمال الدین الگلپایگانی). * بل الثانی هو الأقوى، بل اشتراط کون الخساره على العامل کأنّه اشتراط لأمرٍغیر معقول . (البروجردی). * إن شرط علیه جبران الخساره وتدارک رأس المال ولو بنحو شرط النتیجه کماهو الظاهر، والثانی إن شرط کون نفس الخساره والضرر علیه . (مهدی الشیرازی). * بل أقواهما الثانی لو کان الشرط کون الخساره علیهما؛ لأنّه خلاف مقتضى العقد،نعم، لو شرط علیه تدارک الخساره جمیعاً أو بعضها من کیسه فلا بأس بهذا الشرط،ولکنّه لیس بلازم الوفاء؛ لوقوعه فی ضمن العقد الجائز، کما تقدّم، نعم، لو أوقعه فیضمن عقدٍ لازم آخر یجب الوفاء به، کما تقدّم أیضاً . (البجنوردی). * محلّ إشکال، بل الثانی . (أحمد الخونساری). * إذا کان من قبیل شرط الفعل بأن یتدارک من کیسه، وإلّا ففی غایه الإشکال .(عبدالله الشیرازی). * اعلم أنّ وضع الید على مال الغیر یقتضی الضمان، بمعنى کون تلفهعلیه، والائتمان المالکیّ أو الشرعیّ یکون مانعاً عنه؛ لأنّ المالک فیالائتمان المالکیّ بتسلیطه الغیر على ماله یُقدِم على إهدار مالیّه مالهفی صوره التلف إذا حصل من غیر تعدٍّ وتفریط، وفی الائتمان الشرعیّ تکونالید على المال ید إحسان (مَا عَلَى آلْمُحْسِنِینَ مِن سَبِیلٍ)(التوبه : ۹۱.) ، وهذا المعنیُستفاد من قوله علیه السلام: « صاحب الودیعه والبَضاعه مؤتمنان »(الوسائل : الباب (۴) من أبواب کتاب الودیعه، ح ۱.) ، نعم، الخسارهإذا کانت ممّا تضمن بالید فتکون کذلک، واشتراط الضمان یکون مانعاًعن الائتمان المالکی، أو رافعاً له، فتؤثّر الید أثرها من الضمان، وقد أشرنا إلیذلک فی حواشینا على الإجاره . وأمّا الخساره بمعنى انخفاض القیمه السوقیّهفیشکل اشتراط ضمانها . (الفانی). * بل الثانی، نعم، لو شرط أ نّه لو وقع نقصان على رأس المال وخسران على المالکجبر العامل نصفه مثلاً لا بأس به، ولزم على العامل العمل به، سواء شرط فی ضمن عقدٍ لازم أو جائز مع بقائه نعم له فسخه ورفع موضوعه، بل لایبعد الصحّه لو کانمرجع الشرط إلى انتقال الخسران إلى عهدته بعد حصوله فی ملکه بنحو شرطالنتیجه . (الخمینی). * إن کان المراد تدارک الخساره من مال العامل على نحو شرط الفعل، سواء کانالشرط فی عقدٍ لازمٍ من الطرفین أم لا، وأمّا لو کان المراد رجوع النقص إلیهوضمانه على نحو شرط النتیجه فأقوى الوجهین الثانی . (المرعشی). * هذا إذا کان الاشتراط راجعاً إلى لزوم تدارک العامل الخساره من کیسه، وأمّا إذارجع إلى اشتراط رجوع الخساره إلیه فالأظهر بطلان الشرط، وبذلک یظهر الحالفی اشتراط ضمانه لرأس المال . (الخوئی). * مشکل، بل إذا اشترط أن تکون

الخساره على العامل انقلبت قرضاً، وتمام الربحللعامل؛ للنصّ المعمول به . (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كان بمعنى تدارك الخساره من مال العامل، وأمّا إن كان بمعنى كون نفسخساره رأس المال فالأقوى هو الثانى . (السبزوارى). * بل الثانى، نعم، لو شرط أنّه لووقع نقصان على رأس المال أو خسران على المالكجبر العامل نصفه مثلاً من كسيه لا بأس به . (حسن القمّى). * بل الثانى؛ فإنّ الشرط لا يكون مشرّعاً، فلا يكون نافذاً إلّا مع إحراز مشروعيّتهفى الرتبه السابقه، ومقتضى الأصل عدم مشروعيّه الشرط المذكور، لكنّ مقتضيحديث عاصم : أنّ تضمين المالك العامل يوجب أن يكون للمالك رأس ماله فقط،فلا يُترك الاحتياط . (تقى القمّى). * الأظهر هو التفصيل بين ما لو كان الشرط تدارك الخساره من كيسه، وبين ما لوكان هو رجوع الخساره إليه، والبناء على الصحّه فى الأوّل دون الثانى . (الروحانى). * فالظاهر بطلان الشرط . (مفتى الشيعه). * بل الثانى هو الأقوى، إلّا إذا كان مرجع اشتراط كون الخساره عليه، أو ثبوتالضمان إلى لزوم تداركه من ماله، فإنّه حينئذٍ لا مانع من الصحّه، ويجب عليه العملبه على تقدير الخساره أو التلف، والروايات الدالّه على كون الوضيعه على صاحبالمال لا دلاله فيها على بطلان الاشتراط فى المقام؛ فإنّها دالّه على حكم صورهالإطلاق، لا الاشتراط . (اللنكرانى).

لأنّه ليس شرطاً(۱) منافياً لمقتضى العقد كما قد يُتَخيّل، بل إنّما هو منافٍ لإطلاقه؛ إذ مقتضاه كون الخساره على المالک، وعدم ضمان العامل إلّا مع التعدّى أو التفريط.

حكم شرط المالک على العامل اُموراً ومخالفه العامل

(مسأله ۵) : إذا اشترط المالك على العامل أن لا يسافر مطلقاً، أو إلى البلد الفلانىّ، أو إلّا إلى البلد الفلانىّ، أو لا يشترى الجنس الفلانىّ، أو إلّا الجنس الفلانىّ، أو لا يبيع من زيدٍ مثلاً، أو إلّا من زيد، أو لا يشترى من شخص، أو إلّا من شخصٍ معيّنٍ، أو نحو ذلك من الشروط فلا يجوز له المخالفه(۲) ، وإلّا ضمن المال لو تلف بعضاً أو كلّاً، وضمن الخساره مع فرضها، ومقتضى القاعده وإن كان كون تمام الربح للمالك على فرض(۳) إراده القيديّه(۴) إذا أجاز المعامله، وثبوت خيار تخلّف

---

۱ - ۱. إن كان الشرط من قبيل شرط الفعل، كجبر الخساره، وأمّا إذا كان الشرط نفسالضمان ففيه إشكال . (عبدالهادى الشيرازى).

۲- ۲. فيما كان لربّ المال سلطه عليه، وأمّا المخالفه فيما كان خارجاً عن ولايتهوسلطته فلا . (المرعشى).

۳- ۳. الظاهر أن يكون تضمّن العقود الإذنيّه للشروط أجنبيّاً من باب الالتزام فى الالتزامبالكلّيه، ويستند لزوم العمل بها إلى تقيّد الإذن بتلك الشروط . (جمال الدينالگلپايگانى).

۴- ۴. الظاهر أن يكون تضمّن العقود الإذنيّه للشروط أجنبيّاً من باب الالتزام فى الالتزامبالكلّيه، ويستند لزوم العمل بها إلى تقيّد الإذن بتلك الشروط . (النائينى). * هذا الفرض نادر فى المضاربات المتعارفه المبتنيه على الاسترباح، والأخبارالدالّه على اشتراك المالك والعامل فى الربح منصرفه عن مورد تقييد الإذن،وتوضيح ذلك : أنّ الأمر فى الأحكام الشرعيّه إذا دار بين التأسيس والتقرير يُحمَلعلى التأسيس لأنّ الأصل المقامىّ ــ وهو كون الشارع فى مقام التشريع ــ هوالتأسيس، إلّا أنّه إذا كان الحصّه الغالبه من المطلق الوارد فى الدليل على وفقالقاعده العقلائيّه يكون الدليل ظاهراً فى تقرير القاعده، لا تأسيساً لحكمٍ تعبّدى . فقول الماتن قدس سره : « ولا داعىَ إلى حملها على بعض المحامل » موقوف على إطلاقالأخبار المذكوره، وقد عرفت أنّ مورد انصراف تلك الأخبار ما إذا كانت الشرائطالمذكوره على نحو الالتزام فى الالتزام، لا التقييد فى الإذن . (الفانى). * الواقعيّه للمضاربه . (المرعشى).

الشرط(۱) علی فرض کون المراد من الشرط التزام فی الالتزام، وکون تمام الربح له علی تقدیر الفسخ، إلّا أنّ الأقوی اشتراکهما فی الربح علی ما قُرّر؛ لجملهٍ(الوسائل: الباب (۱) من أبواب کتاب المضاربه، ح۱، ۵، ۶.) من الأخبار(۲)

۱- ۱. لا معنی للخیار فی العقود الجائزه . (الفانی).

۲- ۲. وهی علی طبق القاعده؛ لأنّ مخالفه تلک الشروط منافیه لأمانته الرافعه للضمانعلی تقدیر التلف أو الخسران، لا لکون الربح بینهما علی تقدیر کون التجاره رابحه،کما هو مقتضی المضاربه . (الإصفهانی). * منها روایه جمیل : فی رجلٍ دفع إلی رجلٍ مالاً یشتری به ضرباً من المتاع،فذهب فاشتری غیر الّذی أمره، قال : « هو ضامن، والربح بینهما علی ما شرط »(الوسائل : الباب (۱) من أبواب أحکام المضاربه، ح ۹.) ، ولا یخفی أنّ هذا مخالف للقاعده، فیقتصر علی مورده . (کاشف الغطاء). * الظاهر کونها علی طبق القاعده؛ لأنّ مخالفه مثل هذه الشروط لا توجب إلّاخروجه عن الأمانه المقتضی لضمانه فی فرض التلف أو الخسران، لا عدم کونالربح بینهما فی فرض کون التجاره رابحه، کما هو مقتضی المضاربه . وبعبارهٍأُخری : أنّ الظاهر أنّ غرض المالک من اشتراط مثل هذه الشروط التحفّظ عنعروض تلفٍ أو خسران، فصیروره التجاره رابحه، وکونها المقصود الأصلیّ منالمضاربه توافق غرضه، ولا تخالفه، فتأمّل . (الإصطهباناتی). * فهی مخالفه للقاعده بحسب الظاهر، إلّا أن تُوجَّه بأنّه حیث کان الغرض منالمضاربه تنمیه المال واستنمائه، ولو کان النحو الخاصّ من العمل ممنوعاً فمخالفهمثل هذا المنع والشرط لا توجب إلّا کون ید العامل ضمانیّه علی فرض التلفوالخسران، لا عدم اشتراکه مع ربّ المال فی الربح علی فرض ظهوره . (المرعشی).

الدالّه(۱) على ذلک، ولا داعى إلى حملها على بعض المحامل(۲) ، ولا إلى

ص: ۱۶۴

---

۱ - ۱. لاـ يبعـد ورودهـا على طبق القاعـده؛ فـإنّ غرض المالـک من المضاربه هو اسـتنماءالمال، وإنّما يمنع من العمل على وجهٍ خاصٍّ لجهله بالواقع، وكونه عنده معرضاًللخسـران مثلاً، فإذا خالفه العامل وربح فيه كان عمله على وفق ما ضاربه لأجله،فاسـتحقّ نصـيبه منه وإن كـان خرج بهـا عن الأمـانه . (البروجردى). * وهى على طبق القاعـده؛ لأـنّ مخالفه تلك الشـروط منافيه لأمانته الرافعه للضـمانعلى تقـدير التلف والخسـران، لا لكون الربـح بينهما على تقـدير كون التجاره رابحه،كما هو مقتضـى المضاربه . (عبدالله الشيرازى).

۲ - ۲. بل يمكن تطبيقها على القاعده؛ لأنّ المقصود من المضاربه بمقتضى المرتكزاتالعرفيّه ليس إلّا الاسترباح بالمال، ولا غرض فيهـا غير ذلـک، والشـروط والقيود فيهاإنّما هو من باب الـداعى الّـذى لا يضـرّ تخلّفه إلّا فى انقلاب الأمانه إلى الخيانه، ولوأحرز عدم الإذن أصلاً حتّى مع تخلّف الشرط ففى شمول الأخبار له إشكال، بلمنع . (السبزوارى).

الاقتصار(۱) علی مواردها؛ لاستفاده العموم من بعضها الآخر(۲) .

عدم جواز خلط رأس المال بمالٍ آخر

(مسأله ۶) : لایجوز(۳) للعامل خلط رأس المال مع مالٍ آخر لنفسه أو غیره إلّا مع إذن المالک عموماً، کأن یقول: اعمل به علی حسب ما تراه مصلحه إن کان هناک مصلحه، أو خصوصاً، فلو خلط بدون الإذن ضمن التلف، إلّا أنّ المضاربه(۴) باقیه(۵) والربح بین المالَین علی النسبه.

۱- ۱. بل لابدّ منه بعد کونها خلاف القاعده . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. لا یبعد إتمام ما اُفید أیضاً علی القاعده فی صوره انفصال الأوامر والنواهی عن عقدالمضاربه؛ بدعوی کون مفاد عقد المضاربه التسلیط المطلق الغیر المنافی لضمانه؛من جهه مخالفته لأمر المالک تکلیفاً بمناط صدق التعدّی فی ماله بنفس هذهالمخالفه، نعم، مع اتّصال هذه الأوامر بالعقد کان المورد من قبیل اتّصال الکلام بمایصلح للقرینیّه، فلا یبقی حینئذٍ إطلاق لعقده یستکشف التسلیط المطلق المزبور؛وحینئذٍ فلا محیص من طرح هذه الأخبار (الوسائل : الباب (۱) من أبواب کتاب المضاربه، أحادیث الباب .) ، أو حملها علی صوره انفصال النواهی،وإلّا فمع مخالفه المشهور لمضمونها بإطلاقها لا یبقی مجال الأخذ بها علی خلاف القاعدهفی خصوص المورد، فضلاً عن أن یتعدّی منها إلی نظائرها، کما لا یخفی . (آقا ضیاء).

۳- ۳. لاستلزامه التصرّف فی مال الغیر؛ حیث لا إذن، ولا ما یقوم مقامه کشاهد الحالونحوه . (المرعشی).

۴- ۴. إن لم تکن مقیّدهً بصوره عدم خلط المال بمالٍ آخر من العامل أو من غیره، وإلّافالظاهر أنّ المعامله باطله . (صدرالدین الصدر).

۵- ۵. فیما إذا أحرز الکراهه للأخبار، والمعیار فی کون الربح بینهما إحراز الکراهه أوالرضا ولو إجمالاً، ومع عدمه فمحلّ إشکال . (الحائری). * مع وحده المطلوب یشکل بقاء المضاربه، وکذا الکلام فی المسأله التالیه .(أحمد الخونساری). * لبقاء الإذن . (المرعشی). * فیه إشکال، ولا یُترک الاحتیاط؛ فإنّ النصوص الوارده لا تشمل صوره النهی عنالخلط . (تقی القمّی).

حرّيه التصرّف للعامل مع إطلاق العقد

(مسأله ۷) : مع إطلاق العقد يجوز للعامل التصرّف على حسب ما يراه من حيث البائع والمشترى، ونوع الجنس المشترى، لكن لا يجوز(۱) له أن يسافر(۲) من دون إذن المالك إلّا إذا كان هناك متعارف ينصرف إليه الإطلاق(۳) ، وإن خالف فسافر فعلى ما مرّ فی المسأله المتقدّمه(۴) .

حكم بيع العامل نسيئه بلا إذن

(مسأله ۸) : مع إطلاق العقد وعدم الإذن فی البيع نسيئةً لا يجوز له(۵) ذلك، إلّا أن يكون متعارفاً ينصرف(۶) إليه(۷) الإطلاق(۸) ، ولو خالف فی غير مورد الانصراف: فإن استوفى الثمن قبل(۹)

۱- ۱. بل يجوز، إلّا إذا قامت قرينه على المنع من المسافره . (الفانی).

۲- ۲. بل يجوز، إلّا أن يكون نادراً بحيث ينصرف عنه الإطلاق . (عبدالهادی الشيرازی). * حيث كان منصرفاً عنه الإطلاق، لا مطلقاً . (المرعشی). * فيه تأمّل، نعم، لو كان نادراً ينصرف عنه الإطلاق لا يجوز . (الروحانی).

۳- ۳. بل يكفی عدم انصراف الإطلاق عنه . (محمّد الشيرازی).

۴- ۴. وقد مرّ ما يتعلّق بها . (الإصطهباناتی).

۵- ۵. حيث كان هناك تغرير بالمال، لا مطلقاً . (المرعشی).

۶- ۶. أی لا ينصرف عنه الإطلاق، كما أنّ المراد بغير مورد الانصراف فی صورهالمخالفه مورد الانصراف عنه . (اللنكرانی).

۷- ۷. لا يبعد كفايه عدم الانصراف عنه . (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل يكفی عدم الانصراف عنه؛ إذ الإطلاق كافٍ . (تقی القمّی).

۸- ۸. بل يكفی عدم انصراف الإطلاق عنه . (محمّد الشيرازی).

۹- ۹. لا خصوصيّه له . (أحمد الخونساری).

اطّلاع(۱) المالک(۲) فهو(۳) ، وإن اطّلع المالک(۴) قبل الاستیفاء: فإن أمضی

---

۱ - ۱. موقوف علی الإجازه . (الفیروزآبادی). * لم یظهر وجه للفرق بین هذه المسأله وبین المسأله الخامسه المتقدّمه، معاشتراکهما فی مخالفه المالک، غایه الأمر أنّ المخالفه هناک کانت بلحاظ الاشتراط،وهنا بلحاظ الانصراف . (اللنکرانی).

۲- ۲. حکم اطّلاعه قبل الاستیفاء وبعده واحد، کما لا یخفی . (آقا ضیاء). * لم یظهر وجه لهذه الخصوصیّه . (الإصطهباناتی). * لا فرق بین هذه الصوره والصوره التالیه فی التوقّف علی الإمضاء أو الردّ . (مهدیالشیرازی). * وکذا لو استوفی بعد اطّلاع المالک فحکم المضاربه ـ أعنی الاشتراک فی الربح ـ یجری بعد الاستیفاء، سواءاً کان قبل اطّلاع المالک، أم بعده . (البجنوردی). * الظاهر جریان الحکم المذکور فی المسأله الخامسه فی هذه المسأله] أیضاً [(أضفناه کی یستقیم السیاق .) ؛فإنّ المفروض مخالفه قیود المضاربه، ولا فرق فی القید بین أن یکون مصرّحاً به أومستفاداً من السیاق والانصراف، فتسقط الأحکام المذکوره هنا . (الشریعتمداری). * لا خصوصیّه فیه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لعلّ هذه الصوره مثل الصوره التالیه فی التوقّف علی الإمضاء أو الردّ . (حسن القمّی). * لا یبعد البناء علی کون المضاربه صحیحه والربح بینهما، نعم، یکون العاملضامناً والخساره علیه، ولکنّ الأحوط الاحتیاج إلی إجازه المالک فی جمیع الصور،بل الأظهر ذلک فی صوره عدم استیفاء الثمن . (الروحانی).

۳- ۳. فی احتیاجه إلی الإجازه وجه . (الکوه کَمَری). * الظاهر أنّ الحکم هنا کما مرّ فی المسأله الخامسه . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. لاستصحاب بقاء الإذن حینئذٍ بعد الشکّ فی أنّ هذا النحو من النسیئه خارج عنالإطلاق، أوْ لا . (السبزواری).

فهو، وإلّا فالبيع باطل(۱) ، وله الرجوع عليكلٍّ من العامل والمشترى مع عدم وجود المال عنده أو عند مشترٍ آخر(۲) منه، فإن رجع على المشترى بالمثل أو القيمه لا ـ يرجع هو على العامل، إلّا أن يكون مغروراً من قبله، وكانت القيمه أزيد من الثمن، فإنّه حينئذٍ يرجع بتلك الزياده عليه، وإن رجع على العامل يرجع هو على المشترى بما غرم(۳) ، إلّا أن يكون مغروراً منه وكان الثمن أقلّ فإنّه حينئذٍ يرجع بمقدار الثمن.

حكم المعامله بأزيد أو أقلّ من قيمه المثل

(مسأله ۹) : فى صوره إطلاق العقد لا يجوز له أن يشترى بأزيد من قيمه المثل، كما أنّه لا يجوز أن يبيع بأقلّ من قيمه المثل، وإلّا بطل(۴) ، نعم(۵) ، إذا

۱- ۱. مشكل، بل لو قيل بصحّه المضاربه وكون الخساره والتلف على العامل واشتراكالربح بينهما ففيه وجه؛ لأنّ الانصراف لا يزيد عن الاشتراط، ومع ذلك لا ـ يُتركالاحتياط فى مثل المقام . (محمّد رضا الگلپايگانى). * ما أفاده من البطلان وما يتفرّع عليه مبنىّ على قطع النظر عن النصوص الخاصّه،وأمّا مع ملاحظتها فلا وجه للبطلان، بل العامل ضامن، وأمّا الربح فهو بينهما على ماشرطاه . (تقى القمّى).

۲- ۲. بل فى صوره وجوده عنده، أو عند مشترٍ آخر الأظهر أيضاً أنّ له الرجوع إليالعامل . (حسن القمّى).

۳- ۳. بل بمقدار الثمن على هذا القول إن لم يأخذه، ولم يكن الثمن زائداً على ما غرم،ويجرى ذلك الوجه فيما يذكر من نظائر المسأله . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. لو لم يُمضِهِ المالك . (المرعشى). * مشكل، ويجرى فيها ما تقدّم فى المسأله السابقه من وجه الصحّه . (محمّد رضاالگلپايگانى). * قد ظهرت المناقشه فيه ممّا ذكرنا . (اللنكرانى).

۵- ۵. بل يصحّ إذا أجاز المالك؛ لأنّه فضولىّ يصحّ بالإجازه، وإن لم يجز فالضمان آوالشركه فى الربح . (محمّد الشيرازى).

اقتضت المصلحه أحد الأمرين لا بأس به.

البيع بغير النقد

(مسأله ١٠) : لا ـ يجب فى صوره الإطلاق أن يبيع بالنقـد، بل يجوز أن يبيع الجنس بجنسٍ آخر، وقيل بعـدم جواز البيع إلّا بالنقد المتعارف(١) ، ولا وجه له، إلّا إذا كان جنساً لا رغبه للناس(٢) فيه غالباً(٣) .

شراء الجنس المعيب

(مسأله ١١) : لا يجوز شراء المعيب إلّا إذا اقتضت المصلحه، ولو اتّفق فله الردّ أو الأرش على ما تقتضيه المصلحه.

الشراء فى الذمّه

(مسأله ١٢) : المشهور على ما قيل(۴) : إنّ فى صوره الإطلاق

ص: ١۶٩

١- ١. لا ـ يبعـد أن يكون هو المنصـرف إليه من الإطلاق والتحقيق اختلاف الموارد فيـذلك، فيُحمَل على ما تعارف فى مثله ممّا ينصـرف إليـه اللفـظ . (الكـوه كَمَرى). * لمكـان انصـراف الإطلاـق إليـه، ولكـنّ دعـوى الانصـراف إليـه مطلقـاً لا ـ تخلـو من نظر،فالحَرِىّ إيكال الأمر إلى اختلاف الموارد، فيُحمَل الإطلاق على المتعارف فى مثلهبشرط انصراف اللفظ إليه . (المرعشى).

٢- ٢. وكان على وجهٍ ينصرف الإطلاق فى عقده عنه، كما لا يخفى . (آقا ضياء). * بحيث أوجبت الانصراف عنه . (اللنكرانى).

٣- ٣. الموجب لانصـراف الإطلاق عنه . (الإصـطهباناتى). * على وجهٍ ينصـرف عنه الإطلاق . (عبدالله الشـيرازى). * إن كان عـدم الرغبه بمثابهٍ ينصـرف الإطلاق عنه، وكان كالقيد والشـرط المذكورينفى الكلام . (المرعشـى). * بحيث يوجب انصـراف الإطلاق عنه، فيصير كالاشتراط، وقد مرّ حكمه . (محمّدرضا الگلپايگانى).

۴- ۴. كون هذا مراد المشهور مشكل . (السبزوارى).

يجب أن يشترى بعين المال، فلا يجوز الشراء فى الذمّه(۱) ، وبعبارهٍ أُخرى : يجب أن يكون الثمن شخصيّاً من مال المالک، لا كلّيّاً فى الذمّه، والظاهر أنّه يلحق به الكلّىّ فى المعيّن أيضاً، وعلّل ذلک بأنّه القدر المتيقّن(۲) ، وأيضاً الشراء فى الذمّه قد يودّى إلى وجوب دفع غيره، كما إذا تلف رأس المال قبل الوفاء، ولعلّ المالک غير راضٍ(۳) بذلک، وأيضاً إذا اشترى بكلّىٍّ فى الذمّه لا يصدق على الربح أنّه ربح مال المضاربه، ولا يخفى ما فى هذه العلل، والأقوى(۴) _ كما هو المتعارف(۵) _

ص: ۱۷۰

۱- ۱. الظاهر أنّ مرادهم بذلک هو : أنّ شراءه على ذمّه المالک لا يصحّ بنفسه حتّى يثبته شىء فى ذمّته، ويلزم بتأديته من غير مال المضاربه إن تعذّر أداوه منه، لا- أنّشراءه فى الذمّه وتأديته من مال المضاربه غير جائزٍ، كما فهمه الماتن ۱ وقوّيخلافه . (البروجردى). * وعليه لو اشتراه فيها لزمه إن أطلق ولم يجز المالک، وإن ذكر المالک بطل حيث لميجز . (المرعشى).

۲- ۲. الظاهر أنّ مراد المشهور : أنّ المعامله عند الإطلاق لا تكون للمالک،ولا ربط لها بمال المضاربه، بل هى للعامل، نعم، إذا وقعت على شخص مالالمضاربه كانت له، كما فى كلّ فعل صادرٍ من مختارٍ لا يكون لغيره أو عن غيره،إلّا إذا قصد ذلک، وهو معنى صحيح لا إشكال فيه، ومنه تعرف أنّ الوجه الأوّل هوالمراد، ويظهر أيضاً أنّه لو تلف مال المضاربه قبل أداء ثمن ما اشتراه فى الذمّهوجب على المالک أداؤه، ولا- ربط له بالعامل، ولو أوقعه المالک كان له المبيع،ولا ربط له بالمضاربه . (صدرالدين الصدر).

۳- ۳. وإن رضى به فهو خارج عن المضاربه . (الفيروزآبادى).

۴- ۴. فى الأقوائيّه إشكال، بل منع، وممّا ذكر تظهر موارد النظر فى ما أفاده فى ذيلكلامه . (تقى القمّى).

۵- ۵. لو كان ذلک متعارفاً، وإلّا ففيه إشكال ومنع . (الكوه كَمَرى).

جواز(۱) الشراء(۲) فی الذمّه(۳)، والدفع من رأس المال، ثمّ إنّهم لم یتعرّضوا لبیعه، ومقتضی ما ذکروه وجوب کون المبیع أیضاً شخصیّاً، لا کلّیاً، ثمّ الدفع من الأجناس الّتی عنده، والأقوی(۴) فیه أیضاً(۵) جواز کونه کلّیّاً وإن لم یکن فی المتعارف مثل الشراء.

صور الشراء فی الذمّه

اشاره

ثمّ إنّ الشراء فی الذمّه یُتصوّر علی وجوه:

الأوّل: أن یشتری بقصد المالک وفی ذمّته

أحدها(۶) : أن یشتری العامل بقصد المالک وفی ذمّته من حیث المضاربه.

الثانی: أن یقصد کون الثمن فی ذمّته

الثانی : أن یقصد کون الثمن فی ذمّته من حیث إنّه عامل ووکیل عن

۱- ۱. إن کان المراد به هو الجواز بحیث یثبت به شیء فی ذمّه المالک، ویلزمبالتأدیه من غیر مال المضاربه فی صوره تعذّر أدائه منه فالظاهر عدمه؛ لعدمالإذن، وعدم التعارف . وإن کان المراد به هو الجواز فی ذمّه المالک متقیّداً بالأداءمن مال المضاربه فهو وإن کان أقوی ــ خصوصاً بعد عدم لزوم کون المال بیدالعامل، وعدم اعتبار کونه معیّناً، کما مرّ ــ إلّا أنّ الظاهر عدم کون المشهور مخالفاًفی هذه الصوره . (اللنکرانی).

۲- ۲. محلّ تأمّل، فلا یُترک الاحتیاط بالاقتصار علی ما اُسند إلی المشهور، بل ادُّعِیَعلیه الإجماع . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. لکن لا ـ بمعنی جواز إلزام المالک علی تأدیته من غیر مال المضاربه فی صورهتلفه، وکذا الحال فی المبیع الکلّیّ؛ لعدم الإذن علی هذا الوجه، وما هو لازم عقدالمضاربه هو الإذن بالشراء کلّیاً متقیّداً بالأداء من مال المضاربه؛ لأنّه من الاتّجاربالمال عرفاً، نعم، للعامل أن یتّجر بعینٍ شخصیّهٍ وإن کان غیر متعارفٍ لکنّه مأذونفیه قطعاً، وأحد مصادیق الاتّجار بالمال . (الخمینی).

۴- ۴. فیه إشکال أیضاً . (تقی القمّی).

۵- ۵. إن کان متعارفاً . (الکوه کَمَری).

۶- ۶. یشکل الأوّل والثانی مع عدم إحراز الإذن فیهما . (السبزواری).

المالک، ویرجع إلی الأوّل، وحکمها الصحّه(۱) ، وکون الربح مشترکاً بینهما علی ما ذکرنا، وإذا فرض تلف مال المضاربه قبل الوفاء کان فی ذمّه المالک(۲) یودّی(۳) من ماله الآخر(۴) .

ص: ۱۷۲

۱- ۱. مع إجازه المالک . (المرعشی).

۲- ۲. إن کان أذِن له فی الشراء کذلک، أو أجازه بعد الاطّلاع علیه، وإلّا کان الشراءباطلاً، ولا یلزمه شیء . (البرجرودی). * إن کان ذلک بإذن المالک أو إجازته، وإلّا وقع باطلاً . ثمّ إنّه إن کان الإذن بقیدالأداء من مال المضاربه لم یکن علیه الأداء من ماله الآخر، وإن کان مطلقاً لم یکنمن المضاربه، بل معامله مستقلّه . (مهدی الشیرازی). * إن أمضی المعامله، ولکن لا یکون من باب المضاربه . (عبدالله الشیرازی). * فی إطلاقه إشکال، بل منع . (الخوئی). * مع إذنه فی الشراء کذلک، وکذا الحال فی المبیع إذا أذن فی البیع کذلک، لکن معتلف مال المضاربه لا یکون ذلک مال المضاربه . (الخمینی). * مع الإذن فی الشراء فی الذمّه أو إجازته . (المرعشی). * مع الإذن فی الشراء کذلک، أو الإجازه، وإلّا کان باطلاً . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع الإذن أو الإجازه فی الشراء کذلک . (محمّد الشیرازی). * هذا مع فرض إذن المالک أو إجازته . ثمّ إن کان الإذن بقید الأداء من مالالمضاربه لم یکن علیه الأداء من ماله الآخر، وإن کان مطلقاً یشکل کونه منالمضاربه، بل یحتمل کونه معاملهً مستقلّه . (حسن القمّی). * قد ظهر أنّ المضاربه بمجرّدها لا تقتضی ذلک، فالثبوت فی ذمّه المالک یحتاج إلیالإذن أو الإجاره، ومع عدمهما یکون الشراء باطلاً . (اللنکرانی).

۳- ۳. والربح للمالک؛ لأنّه خارج عن المضاربه، فتأمّل . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. ولکن لا یکون بذلک مال المضاربه مع تلف المال السابق، بل یحتاج إلی عقدٍجدیدٍ مع استجماع شرائطها . (البروجردی). * إن أمضی المالک المعامله، إلّا أنّه لا تکون حینئذٍ من باب المضاربه . (عبدالهادیالشیرازی). * فی صوره إمضاء المالک تلک المعامله . (المرعشی). * لکنّ فی جعله مالَ قَراضٍ إشکالاً أو منعاً . (الروحانی).

الثالث: أن يقصد ذمّه نفسه

الثالث: أن يقصد ذمّه نفسه، وكان قصده الشراء لنفسه، ولم يقصد الوفاء حين الشراء من مال المضاربه ثمّ دفع منه، وعلى هذا الشراء صحيح(۱) ، ويكون غاصباً(۲) فی دفع مال المضاربه من غیر إذن المالک، إلّا إذا کان مأذوناً فی الاستقراض(۳)

ص: ۱۷۳

۱- ۱. ویقع له، فیکون الربح له، وهو خارج عن شغل العامل والمضارب؛ من حیث إنّهعامل ومضارب . (الإصفهانی). * واقع للعامل، ویکون الربح له، ویکون أجنبیّاً عن عمل المضاربه . (الإصطهباناتی). * لکنّه معامله من العامل لنفسه، وأجنبیّ عن باب المضاربه، فلاـ یشترک الربحبینهما، بل یکون له . (البجنوردی). * فی حقّ العامل، لکنّه خارج عمّا نحن فیه، ولیس من باب المضاربه المصطلحه .(المرعشی). * للعامل، وغیر مربوطٍ بالمضاربه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لکنّه لا ربط له بالمضاربه . (السبزواری). * أی لنفسه، وغیر مرتبطٍ بالمضاربه، سواء کان غاصباً فی الدفع أم مأذوناً فیالاستقراض وقصد القرض . (اللنکرانی).

۲- ۲. ویقع له، فیکون الربح له، وهو خارج عن شغل العامل والمضارب؛ من حیث إنّهعامل ومضارب . (عبدالله الشیرازی).

۳- ۳. أو کان مأذوناً فی وفاء دینه من مال غیره، وعلیه ضمانه؛ لاحترام مال غیره .(آقا ضیاء).

وقصد القرض(۱) .

الرابع: قصد دفع الثمن من مال المضاربه

الرابع : كذلك، لكن مع قصد دفع الثمن من مال المضاربه حين الشراء، حتّى يكون الربح له فقصد نفسه حيلةً منه؛ وعليه يمكن الحكم بصحّه الشراء وإن كان عاصياً فى التصرّف فى مال المضاربه من غير إذن المالك، وضامناً له، بل ضامناً للبائع أيضاً(۲) ، حيث إنّ الوفاء بمال الغير غير صحيح، ويحتمل القول ببطلان الشراء؛ لأنّ رضا البائع(۳) مقيّد(۴) بدفع الثمن(۵) ، والمفروض أنّ الدفع بمال الغير غير صحيحٍ فهو بمنزله السرقه، كما ورد فى بعض الأخبار(فقه الرضا: ۲۶۸، المقنع للصدوق: ۳۷۵، مسند أحمد: ۴/۳۳۲، المعجم الأوسط للطبرانى :۲/۲۳۷، المعجم الكبير للطبرانى: ۸/۳۵.) : «أنّ من استقرض ولم يكن قاصداً للأداء فهو سارق»، ويحتمل صحّه الشراء، وكون قصده لنفسه لغواً بعد أن كان بناوه الدفع من مال المضاربه؛ فإنّ البيع وإن كان

ص: ۱۷۴

۱- ۱. وعلى أىّ حالٍ يكون الربح له، ولا يرتبط بمال المضاربه . (الخمينى). * فالربح للعامل، وإن ردّه _ أى المال المأخوذ قرضاً _ كان خارجاً عن المضاربه .(الفيروزآبادى).

۲- ۲. هذا جارٍ فى الثالث أيضاً، كما أنّ الاستثناء المزبور فيه جارٍ هنا أيضاً .(الإصطهباناتى). * هذا يجرى فى الوجه الثالث أيضاً . (الفانى).

۳- ۳. هذا التعليل لو تمّ كان مشتركاً بين هذا الوجه والوجه الثالث . (المرعشى).

۴- ۴. هذا التعليل مشترك بين الرابع والثالث، ولازمه احتمال القول بالبطلان فيه أيضاً .(الإصطهباناتى).

۵- ۵. إن كان بنحو وحده المطلوب، وإلّا فيوجب الخيار . (السبزوارى).

بقصـد نفسـه وكلّيّاً فى ذمّته إلّا أنّه ينصبّ على(١) هـذا(٢) الّـذى يـدفعه، فكـأنّ البيع وقع عليه، والأوفق(٣) بالقواعـد الوجه الأوّل(۴) ، وبالاحتيـاط(۵) الثـانى، وأضـعف الوجوه الثـالث وإن لم يسـتبعده(۶) الآقـا(حاشـيه مجمع الفائـده والبرهان (للوحيد البهبهانى): ۵۴۵.) البهبهانىّ(٧) .

١- ١. لكنّه ليس من باب المضاربه . (المرعشى).

٢- ٢. لا معنى للانصباب القهرىّ فى الاُمور القصديّه . (الفانى).

٣- ٣. والأقوى . (المرعشى).

۴- ۴. بل التفصـيل بين ما إذا كان بيع البائع للعامل بشـرط وفائه من مال نفسه فالبيعيكون صـحيحاً إذا رفع البائع يده عن شـرطه، وإلّا كان باطلاً، وما إذا كان بيع البائععلى نحو التقييـد فالبيع باطل مطلقاً، وما إذا كان بيع البائع بـدون شـرطٍ ولا قيدٍ فالبيعصـحيح مطلقاً . (محمّد الشيرازى).

۵- ۵. الاحتياط فى الإقاله . (الفيروزآبادى).

۶- ۶. يمكن أن يقـال بصـحّه ما اختاره البهبهانى قـدس سره فى خصوص ما إذا لم يكن للعاملمال أصـلاً، ولا يرى لـدى الناس لـذمّته اعتبـار، بـل تصـدّيهم للمعـامله معه إنّمـا هولأجل كونه عاملاً بيـده أموال يقـدر على الاتّجار بها، ففى هـذه الصوره قصـد إيقاعالمعـامله لنفسه لغو بحكم العرف، إلّا أن يقـال : إنّ لازم مـا ذكر بطلاـن المعـامله رأسـاً،لاـ صـحّتها ووقوعهـا للمالـك . (اللنكرانى).

٧- ٧. وليس بكلّ البعيـد . (النائينى، جمال الـدين الگلپايگانى). * الأقوى ما عليه البهبهانىّ فى صوره الـدفع من مال المضاربه، إلّا أنّ الربـح كلّهللمالك، والوضـيعه على العامل . (الحائرى). * لكنّه بعيـد جدّاً؛ لأنّه إذا قصده لنفسه وكان الثمن كلّيّاً فى ذمّته فلاـ أثر لقصـدهالأداء من مـال المضاربه . (البجنوردى).. * لا يبعـد أن يقال : إنّه يختلف الحكم باختلاف المقامات، فإذا كان المقاممقامَ الاتّجار بمال الغير ولكنّه قصـد وقوع المعامله لنفسه فالحقّ ما اختاره البهبهانيّمن لغويّه القصـد لنفسه، فمن كان وكيلاً عن الغير فى معاملاته وجلس فى محلتجارته وبين أمواله فقصـد كون بعض المعاملات لنفسه فقصده لغو بحكم العرفبخلاف مَن كان وجهه عمله الاتّجار لنفسه، وكان لواحـدٍ مال عنـده فقصـد فى بعضـمعاملاته أداء الثمن من مال الغير، ففى هذه الصوره تقع المعامله لنفسه، وقصد أداءٍمن مال الغير باطل . (الشريعتمدارى).

الخامس: قصد الشراء فی ذمّته من غیر لحاظٍ إلی نفسه وغیره

الخامس : أن یقصد الشـراء فی ذمّته من غیر التفاتٍ(۱) إلی نفسه وغیره؛ وعلیه أیضاً(۲) یکون المبیع له(۳) ، وإذا دفعه من مال المضاربه یکون عاصیاً(۴) ، ولو اختلف البائع

ص: ۱۷۶

۱- ۱. الإهمال مَحال فی الواقع، فلا تُتصوّر الصحّه . (تقی القمّی).

۲- ۲. کسابقه فیما إذا قصد الدفع من مال المضاربه ودفع منه . (الحائری).

۳- ۳. الغالب فی العامل المحض الّذی لا تجاره له إلّا للمالک أنّه یشتری للمالک بحسـبارتکازه . (مهدی الشـیرازی). * إذا لم یکن انصـراف یصـرفه إلی العمل للمضاربه . (الخمینی). * یمکن أن یقال : إنّ شراء العامل من حیث إنّه عامل، ولا شغل له إلّا العمللمضاربه ینطبق علی المضاربه به قهراً، فیکون قصـد الخلاف مانعاً، لا أن یکونقصد المضاربه شـرطاً . (السبزواری). * هذا فی غیر العامل المحض الّذی لا تجاره لنفسه، أمّا فیه فالغالب أنّه یشتریللمالک بحسب ارتکازه . (حسن القمّی).

۴- ۴. هـذا إذا لم تَجرِ عاده العاملین علی الشـراء فی الـذمّه بما هو عامل، وإلّا لم یکنعاصـیاً . (جمال الدین الگلپایگانی). * فی إطلاق العصیان نظر . (المرعشی). * ویکون ضامناً للبائع أیضاً . (محمّد رضا الگلپایگانی).

والعامل(۱) فی أنّ الشراء کان لنفسه أو لغیره وهو المالک المضارب یُقدَّم قول البائع(۲) ؛ لظاهر الحال(۳) ، فیلزم

۱- ۱. بأن ادّعی البائع أنّه اشتری لنفسه، وادّعی المالک أنّه اشتری للمالک المضارب .(الروحانی).

۲- ۲. محلّ تأمّل وإشکال . (أحمد الخونساری). * وفی إطلاقه تأمّل . (مفتی الشیعه).

۳- ۳. فالبائع ادّعی کون الشراء لنفس العامل، والعامل ادّعی کونه للمالک یقدّم] قول [(أضفناه لاقتضاء السیاق .) البائع لظاهر الحال، هذا فیما کان وضعه علی الشراء لنفسه بعض الأحیان، وأمّا إنلم یکن له مال وکان وضعه الشراء بعنوان العاملیّه فلا ظهور . (الفیروزآبادی). * مع سماع دعوی لا یعلم إلّا من قبله عند قیام ظهور الحال علی خلافه .(آقا ضیاء). * یمکن أن یکون ظاهر الحال فی بعض الموارد علی خلافه، نعم، التصرّف مستندإلی نفسه، واستناده إلی الغیر یحتاج إلی صارف . (الکوه کَمَری). * إطلاق ظهور حاله فی ذلک محلّ منع . (البروجردی). * یختلف ظاهر الحال فی الموارد جدّاً . (مهدی الشیرازی). * فیه نظر؛ لأنّه لیس ظهور الحال هاهنا بمثابهٍ یکون أمارهً علی صدق البائع،خصوصاً بعد معلومیّه کونه عاملاً مضارباً للمالک حتّی یکون قول البائع مطابقاًللحجّه الفعلیّه فی تشخیص المدّعی والمنکِر . (البجنوردی). * لیس ظاهر حال البائع البیع لنفس المشتری، خصوصاً فی مثل المقام . (عبداللهالشیرازی). * ظهور الحال فی ذلک علی إطلاقه محلّ إشکال، وحجّیّه هذا الظهور علی فرضهمحلّ تأمّل، وتقدیم قوله مع عدم الحجّیّه ممنوع، نعم، لو کان ظهور لفظه فی أنّ الشراء لنفسه یوخذ به، ویقدَّم قول مَن وافق قوله الظهور . (الخمینی). * لو کان ظاهرها البیع لنفسه، لا مطلقاً؛ إذ قد یکون علی خلافه، نعم،ظاهر التصرّف الاستناد إلی نفس المتصرّف بحیث یحتاج الاستناد إلی غیرهاإلی صارف . (المرعشی). * ظاهر الحال یختلف، لکنّ البیع یُسنَد إلی نفسه ما لم یَصرف عنه صارف . (محمّدرضا الگلپایگانی). * یختلف ذلک باختلاف الموارد والأحوال . (السبزواری). * الظاهر أنّه یختلف ظاهر الحال فی الموارد . (حسن القمّی). * ظهور الحال یختلف بحسب اختلاف الموارد، فلا یمکن الحکم علی النحوالکلّی . (تقی القمّی). * إطلاقُهُ محلّ نظر، بل منع . (اللنکرانی).

بالثمن(۱) من ماله، وليس له إرجاع البائع إلى المالک المضارب(۲) .

وظيفه العامل تحمّل أعباء العمل التجاری بموجب المضاربه

(مسأله ۱۳) : يجب على العامل بعد تحقّق عقد المضاربه ما يعتاد بالنسبه إليه وإلى تلک التجاره فی مثل ذلک المکان والزمان من العمل، وتولّی ما يتولّاه التاجر لنفسه من: عرض القِماش والنشر والطَيّ، وقبض الثمن وإيداعه فی الصندوق، ونحو ذلک ممّا هو اللائق والمتعارف، ويجوز له استئجار مَن يکون المتعارف استئجاره، مثل الدَلّال والحَمّال والوَزّان والكَيّال، وغير ذلک، ويُعطی الأُجره من الوسط، ولو استأجر فيما(۳) يتعارف مباشرته بنفسه

ص: ۱۷۸

۱- ۱. إن کان ظاهر حاله البيع لنفسه، وإلّا فقد يکون ظاهر الحال فی بعض العمّال البيعلغيره . (عبدالهادی الشيرازی).
۲- ۲. ولأنّه أعرف بنيّته . (الفيروزآبادی).
۳- ۳. مع الإذن فيه، وإلّا ضمن . (الکوه کَمَری).

فالأُجره من ماله(۱) ، ولو تولّى بنفسه مـا يعتاد الاستئجار له فالظاهر جواز(۲) أخذ(۳) الأُجره(۴) إن لم يقصد التبرّع(۵) ، وربّما يقال بعدم الجواز(۶) ، وفيه: أنّه منافٍ لقاعده(۷) احترام(۸) عمل المسلم المفروض عدم وجوبه عليه.

نفقه سفر العامل

(مسأله ۱۴) : قـد مرّ أنّه لاـ يجوز للعامـل السـفر من دون إذن المالک(۹) ، ومعـه فنفقته فى السـفر من رأس المـال، إلّا(۱۰) إذا اشترط المالک(۱۱) کونها

۱- ۱. ویضـمن المال فی صوره التلف عنـد الأجیر . (المرعشـی). * وضـمن المال لو تلف فی ید الأجیر، إلّا إذا کان مأذوناً فی ذلک . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۲- ۲. مع شمول إذن المالک لتولّی نفسه بقصد الأُجره . (اللنکرانی).

۳- ۳. إن لم یکن فی البین ما یوجب کون النفقه منه عرفاً . (السبزواری).

۴- ۴. فیما إذا لم یکن مضـرّاً لشـغله المضاربیّ ومانعاً عنه . (عبـدالله الشـیرازی). * بناءً علی اسـتفاده عموم الإذن فی الاستئجار لنفسه من إطلاقٍ أو ظهور حالٍ أوتعارف، وإلّا ففی غایه الإشکال . (حسن القمّی).

۵- ۵. أو مع قصد الأُجره . (الکوه کَمَری).

۶- ۶. وهو الأقوی، إلّا إذا أذن المالک ولو بالفحوی لتولّی نفسه أیضاً؛ لأنّ العمل للغیربـدون إذنه هتک لاحترام عمله . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. بل لقاعده جواز الاستئجار، بلا فرقٍ بین استئجار غیره أو نفسه . (تقی القمّی).

۸- ۸. بل للاستیفاء، کما تقدّم فی کتاب الإجاره . (المرعشی).

۹- ۹. إلّا للتجاره أو کان متعارفاً . (مفتی الشیعه).

۱۰- ۱۰. هـذا إنّما یتمّ فی ما یکون علی نحو اشتراط الفعل، وأمّا إذا کان علی نحو شـرطالنتیجه فلا یجوز؛ إذ هو مخالف للمقرّر الشرعی . (تقی القمّی).

۱۱- ۱۱. أو کان تعارف ینصرف إلیه . (الکوه کَمَری). * أو کان ثبوتها متعارفاً بمثابهٍ ینصرف إلیه الإطلاق . (المرعشی).

على نفسه(۱) ، وعن بعضهم(راجع إيضاح الفوائد لابن العلّامه: ۲/۳۱۸، مسالك الأفهام: ۴/۳۵۳، مجمع الفائده للأردبيلى :۱۰/۲۴۷.): كونها على نفسه مطلقاً، والظاهر أنّ مراده فيما إذا لم يشترط كونها من الأصل، وربّما يقال: له تفاوت ما بين السفر والحضر، والأقوى ما ذكرنا من جواز أخذها من أصل المال بتمامها(۲) ، من: مأكلٍ ومشربٍ وملبسٍ ومسكنٍ، ونحو ذلك ممّا يصدق عليه النفقه، ففى صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه أبى الحسن عليه السلام: «فى المضارب ما أنفق فى سفره فهو من جميع المال، فإذا قَدِمَ بلدَه فما أنفق فمن نصيبه»(الوسائل: الباب (۶) من أبواب كتاب المضاربه، ح۱.). هذا، وأمّا فى الحضر فليس له أن يأخذ من رأس المال شيئاً، إلّا إذا اشترط(۳) على المالك ذلك.

بيان المراد بالنفقه ومقدارها والمراد من السفر المستحقّ فيه النفقه

(مسأله ۱۵) : المراد بالنفقه ما يحتاج إليه من مأكولٍ وملبوسٍ ومركوبٍ، وآلاتٍ يحتاج إليها فى سفره، واُجره المسكن، ونحو ذلك، وأمّا جوائزه وعطاياه وضيافاته ومصانعاته فعلى نفسه، إلّا إذا كانت التجاره موقوفه

۱- ۱. وذلك لا لوجوب الوفاء بالشرط فى ضمن العقد الجائز كى يكون مجال توهّمالإشكال عليه، بل من جهه كونه على قاعده عدم السلطنه على مال الغير بعدانصراف مورد النصّ الآتى (الوسائل : الباب (۶) من أبواب أحكام المضاربه .) عن هذه الصوره . (آقا ضياء).

۲- ۲. إلّا فيما إذا اشترط المالك كونها على نفس العامل، كما صرّح باستثنائه فى صدرالمسأله . (اللنكرانى).

۳- ۳. لأنّه بمنزله الإذن فى إتلاف ماله مجّاناً، لا من جهه وجوب الوفاء بالشرط .(آقا ضياء). * الكلام فيه هو الكلام . (تقى القمّى).

عليها(۱) .

(مسأله ۱۶) : اللازم الاقتصار على القدر اللائق، فلو أسرف حُسِبَ عليه، نعم، لو قتَّر على نفسه أو صار ضيفاً عند شخصٍ لا يُحسَب له.

(مسأله ۱۷) : المراد من السفر: العرفيّ، لا الشرعيّ، فيشمل السفر فرسخين أو ثلاثه، كما أنّه إذا أقام فی بلدٍ عشره أيّامٍ أو أزيد كان نفقته من رأس المال؛ لأنّه فی السفر عرفاً، نعم، إذا أقام بعد تمام العمل لغرضٍ آخر مثل التفرّج أو لتحصيل مالٍ له أو لغيره ممّا ليس متعلّقاً بالتجاره فنفقته فی تلك المدّه على نفسه، وإن كان مقامه لِما يتعلّق بالتجاره ولأمرٍ آخر بحيث يكون كلّ منهما علّهً مستقلّهً لولا الآخر، فإن كان الأمر الآخر عارضاً فی البين(۲) فالظاهر(۳) جواز أخذ(۴) تمام

۱- ۱. أو كانت مصلحه التجاره تقتضيها . (الخمينی). * بالأصل، أو بالكمال . (اللنكرانی).
۲- ۲. مشكل، والأحوط توزيع نفقه زمان العروض عليهما، وأحوط منه كون التمامعلی نفسه . (الإصطهباناتی). * قد يكون العارض بمثابهٍ من القوّه تنصرف النسبه من السابق إليه فقط،فالملاك هو انتساب السفر أو المقام إليهما فی العرف، فتوزّع عليهما أو إلی أحدهمافتختص به . (مهدی الشيرازی). * لا يبعد التوزيع فی زمان العروض، إلّا أن يفرض كون العارض تابعاً، لكنّحصول التبعيّه فی فرض المسأله مشكل . (الشريعتمداری).
۳- ۳. الأحوط التوزيع، بل لا يخلو من وجه . (الخمينی). * بل الظاهر توزيع النفقه من زمان العروض عليهما . (اللنكرانی).
۴- ۴. ولو للاستصحاب، كما لا يخفی . (آقا ضياء). * محلّ إشكال، ولا يبعد توزيع نفقه زمان العروض عليهما . (البروجردی). * محلّ تأمّل، ولا يبعد توزيع نفقه زمان العروض عليهما . (أحمد الخونساری).

النفقه(۱) من مـال التجاره، وإن کانا فی عرضٍ واحـدٍ ففیه وجوه(۲) ، ثالثها التوزیع(۳) ، وهو الأحوط(۴) فی الجمله، وأحوط منه کون التمام علی نفسه، وإن کانت العلّه مجموعهما بحیث یکون کلّ واحدٍ جزءاً من الداعی فالظاهر التوزیع(۵) .

(مسأله ۱۸) : استحقاق النفقه مختصّ بالسفر المأذون فیه(۶) ، فلو سافر من

۱- ۱. الأقرب التوزیع مطلقاً . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. أقواها کونها علی المالک . (عبدالهادی الشیرازی). * لا یبعد أن یکون الأخذ من مال التجاره هو الأظهر . (الخوئی). * الأوفق بحسب القاعده کونه علی المالک، والأحوط التوزیع . (الفانی). * فی أخذه من مال التجاره وجه قویّ إن لم یکن أقوی، هذا فیما لم تکن التجارهجزءَ العِلّه، وأمّا فیه فالاحتیاط لا یُترک . (تقی القمّی).

۳- ۳. لکنّ الأظهر جواز أخذ تمام النفقه من مال التجاره؛ لأنّ المفروض أنّ بقاءه فیالمسافره لمصلحه التجاره، وکون غرضٍ آخر فی البین لا یضرّ باستقلاله فی دخلهفی المصلحه . (البجنوردی). * وهو الأوجه . (الخمینی).

۴- ۴. فیه إشکال، والأقوی کونها علی نفسه . (المرعشی). * بل لا یبعد جواز أخذ التمام من رأس المال؛ عملاً بإطلاق النصّ . (محمّد رضاالگلپایگانی). * بل الظاهر، کما مرّ . (اللنکرانی).

۵- ۵. بل الظاهر کونها علی العامل . (عبدالهادی الشیرازی). * فیه إشکال، والأحوط کون التمام علی نفسه . (حسن القمّی).

۶- ۶. مشکل، بل لایبعد کونها من رأس المال ما دامت المضاربه باقیهً والربح بینهما،ولا ینافی ذلک کون الخساره علیه لمخالفه المالک . (محمّد رضا الگلپایگانی).

غیر إذنٍ، أو فی غیر الجهه المأذون فیه، أو مع التعدّی عمّا أُذِن فیه لیس له أن یأخذ من مال التجاره.

کیفیّه توزیع المال لو تعدّد أرباب العمل

(مسأله ۱۹) : لو تعدّد أرباب المال کأن یکون عاملاً لاثنین أو أزید، أو عاملاً لنفسه وغیره(۱) تُوزَّع النفقه(۲) ، وهل هو علی نسبه المالَینِ أو علی نسبه العَمَلَینِ؟ قولان(۳) .

ص: ۱۸۳

۱- ۱. التوزیع فی هذه الصوره محلّ تأمّل، بل لا یبعد جواز أخذ التمام من رأس مالالتجاره للغیر إذا کانت مضاربته علّهً مستقلّهً للسفر . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. فی صوره کونه عاملاً لنفسه وغیره الأحوط کون التمام علی نفسه . (حسن القمّی). * بشرط کون کلّ علّهٍ مستقلّهٍ، أو کانت العلّه هی المجموع . (اللنکرانی).

۳- ۳. أقواهما أنّه علی نسبه العَمَلَین فی المالَین . (الفیروزآبادی). * لا یُترک الاحتیاط برعایه أقلّ الأمرین . (الإصفهانی، أحمد الخونساری، عبدالهادیالشیرازی). * أقواهما الثانی، والأحوط رعایه أقلّ الأمرین . (صدرالدین الصدر). * لکنّ الظاهر هو الأوّل، أی علی نسبه المالین؛ لأنّ موضوع النفقه مال المضاربهفیکون التوزیع بلحاظه . (البجنوردی). * لا یُترک الاحتیاط برعایه أقلّ الأمرین . (عبدالله الشیرازی). * الأظهر مراعاه النسبه بین العَمَلَین . (الفانی). * الأحوط رعایه أقلّ الأمرین إذا کان عاملاً لنفسه وغیره، والتخلّص بالتصالح إذاکان عاملاً لاثنین . (الخمینی). * رعایه أقلّ الأمرین فی صوره کونه عاملاً لنفسه ولغیره هو الأحوط، وفی صورهکونه عاملاً لشخصَین لا یُترک الاحتیاط بالتصالح الّذی هو المرجع فی حقوقالناس، والتفصیل بین الصورتَین بجعلها علی المالَین فی الاُولی وعلی العملین فالثانیه ضعیف فی الغایه . (المرعشی). * لا یبعد أن یکون القول الثانی هو الأظهر . (الخوئی). * أقواهما الأوّل . (محمّد رضا الگلپایگانی). * أقربهما الثانی . (محمّد الشیرازی). * والظاهر هو الأخیر، والأحوط التراضی . (السبزواری). * وفی المقام احتمال ثالث، وهو التساوی؛ إذ لا وجه للتوزیع، لا بحسب المال،ولا بحسب العمل، والاحتیاط لا یُترک . (تقی القمّی). * لا یبعد أظهریّه القول الأوّل، والاحتیاط برعایه أقلّ الأمرین لا یُترک . (الروحانی).

عدم اشتراط ظهور الربح فی استحقاق النفقه

(مسأله ۲۰) : لا یشترط فی استحقاق النفقه ظهور ربح، بل یُنفق من أصل المال وإن لم یحصل ربح أصلاً، نعم، لو حصل الربح بعد هذا تُحسب من الربح(۱) ، ویُعطی المالک رأس ماله ثمّ یُقسّم بینهما.

نفقه علاج العامل لو مرض فی السفر

(مسأله ۲۱) : لو مرض فی أثناء السفر(۲) : فإن کان لم یمنعه من شغله فله أخذ النفقه، وإن منعه(۳) لیس له(۴) ، وعلی الأوّل

---

۱ – ۱. أی من جمیع المال من الربح ورأس المال، کما وقع التعبیر به فی صحیح علیّ بنجعفر (وقد تقدَّم فی المسأله (۱۴) ، فراجع .) المتقدّم . (اللنکرانی).

۲– ۲. ما لم یخرج عن المتعارف فإنّ الأقوی فیه أنّه جزء نفقته . (صدرالدین الصدر).

۳– ۳. یشکل الحکم فی الأمراض العادیه، وفی المرض الّذی کان السفر موجباً له .(الشریعتمداری).

۴ – ۴. هذا بإطلاقه مشکل، بل ممنوع . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * هذا أوفق بالاحتیاط للعامل . (عبدالهادی الشیرازی). * علی الأحوط . (عبدالله الشیرازی، المرعشی، محمّد رضا الگلپایگانی). * علی الأحوط فیهما . (الخمینی).. * الحکم مشکل فی الأمراض المتعارفه، أو فی المرض الّذی کان ذلک السفر نوعاًموجباً له . (محمّد الشیرازی). * فی إطلاق الحکم نظر . (حسن القمّی). * فی إطلاق الحکم تأمّل، والمیزان هو المتعارف الخارجی، وممّا ذکرنا یظهر الحالفی بعض الفروع الآتیه . (تقی القمّی). * إذا لم یکن المنشأ هو السفر للتجاره أو العمل، وأمّا علی الأوّل فعدم کون مایحتاج إلیه للبُرء من المرض منها ــ کما فی المتن ــ محلّ تأمّل ونظر . (الروحانی). * علی الأحوط، إلّا فی المرض الّذی کان السفر موجباً له، فإنّ له حینئذٍ أخذ النفقهالّتی منها ما یحتاج إلیه للبُرء من المرض . (اللنکرانی).

لا یکون(۱) منها(۲) ما یحتاج إلیه للبُرء من المرض(۳) .

نفقه رجوع العامل لو حصل الفسخ أو الانفساخ فی السفر

(مسأله ۲۲) : لو حصل الفسخ أو الانفساخ فی أثناء السفر فنفقه الرجوع علی نفسه(۴) ، بخلاف ما إذا بقیت ولم تنفسخ فإنّها من مال المضاربه.

تداخل العقد بین المضاربه والقرض والبضاعه

(مسأله ۲۳) : قد عرفت الفرق بین المضاربه والقرض(۵) والبَضاعه، وأنّ فی الأوّل(۶) الربح مشترک، وفی الثانی للعامل، وفی الثالث للمالک، فإذا قال :

ص: ۱۸۵

۱- ۱. علی الأحوط فیهما . (البروجردی).

۲- ۲. علی الأحوط . (الحائری).

۳- ۳. زائداً علی نفقه الصحیح . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. وفیه : أنّ الأمر کذلک فی فرض الانفساخ، وفیما إذا کان الفسخ من قبل العامل،وأمّا فیما إذا کان الفسخ من قبل المالک ففی کون نفقه الرجوع علی نفسه لا یخلومن إشکال قویّ . (الخوئی).

۵- ۵. لکنّ الفرق بین القرض وبینهما فی الماهیه، لا فی مجرّد کون الربح للعامل، بلکونه للعامل لأجل ذلک الفرق، وهو التملیک بالضمان فیه . (الخمینی).

۶- ۶. ظاهر العباره یعطی أنّ الفرق بین القرض وبینهما فی الآثار فقط، مع أنّ الفرقبینهما بحسب الجوهر والماهیه واختلاف الآثار ناشئ عن ذلک الفرق، ضروره أنّالقرض مشتمل علی التملیک دونهما . نعم، الفرق بین المضاربه والبضاعه إنّما هو فیمجرّد کون الربح مشترکاً أو مختصّاً . (اللنکرانی).

خُذ هذا المال مضاربةً والربح بتمامه لی کان[۱] مضاربةً[۲] فاسدةً[۳] ،

۱- ۱. إنّما یحکم بکونه مضاربةً فاسدةً فی هذا الفرض وما بعده إذا علم أنّه أرادهاأوّلاً، ثمّ عقّبها بالمنافی دون ما لم یعلم ذلک، واحتمل أنّه أراد البضاعه أو القرضمن أوّل الأمر . (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- ۲. إنّما یحکم بکونه مضاربةً فاسدةً فی هذا الفرض وما بعده إذا علم أنّه أرادها أوّلاً،ثمّ عقّبها بالمنافی دون ما لم یعلم ذلک، واحتمل أنّه أراد البضاعه أو القرض من أوّلالأمر . (النائینی).

۳- ۳. إذا ما قصد الإبضاع والإقراض بلفظ « المضاربه » ، وإلّا یترتّب علیه حکمه .(عبدالله الشیرازی). * الفرق بین المضاربه والبضاعه کون الربح مشترکاً أو مختصّاً، فإذا صرّح بأنّالربح بتمامه لی فلا وجه لاحتمال کونه مضاربةً فاسدةً، ولا أثر لذکر المالککلمه « المضاربه ». (الشریعتمداری). * جعل الربح بأجمعه لنفسه قرینةً واضحةً علی إراده الإبضاع؛ لأنّ المضاربهتقتضی الاشتراک فی الربح، وهذه القرینه موجوده فی قوله : « خذه قراضاً وتمامالربح لک » ، حیث تدلّ علی قصد القرض، والتحقیق فی المقام : أنّه لابدّ من مراعاهالقرائن فی الکشف عن العناوین القصدیّه . (الفانی). * لا یجتمع قصد المضاربه بمعناها الاصطلاحی والربح بتمامه للمالک، فلابدّمن کون المقصود من المضاربه الکذائیّه البضاعه، لا المضاربه الاصطلاحیّه،والبضاعه نوع من المضاربه وإن کانت قسیمةً لها بمعناها الاصطلاحی، نعم،مع الإنشاء الصوریّ بلا جدٍّ یمکن الجمع، ویکون فاسداً لغواً، بل لا یصدقعلیه مضاربه فاسده أیضاً . (الخمینی). * لو علم أنّه أرادها ولکن عقّبها بما ینافیها، وإلّا فیمکن أن یقال : إنّه عبّرعن البضاعه مجازاً بالمضاربه بالمصیر إلی التجوّز فی لفظ « المضاربه » ، فهیحینئذٍ بضاعه صحیحه، ولا تشترط الحقیقه الصریحه فی العقود، کما أسلفنافی کتاب الإجاره . (المرعشی). * هذا إذا علم أنّه أراد المضاربه ثمّ عقّبها بالمنافی، وأمّا مع احتمال إرادهالبضاعه فیحکم بکونها بضاعه، وکذا فی الفرض الآتی یحکم بکونه قرضاًمع احتمال إرادته . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع قصده لأصل المضاربه . (السبزواری). * قد ظهر ممّا ذکرنا أنّ اللازم فی المثال الحمل علی البضاعه؛ لأنّه مع التصریح بأنّالربح له لا یبقی مجال لاحتمال المضاربه، فلابدّ من التصرّف فی کلمتها . (اللنکرانی).

إلّا إذا علم(۱) أنّه قصد(۲) الإبضاع(۳) فيصير بَضاعه، ولا(۴) يستحقّ(۵)

۱- ۱. أو احتمل . (صدرالدين الصدر).

۲- ۲. لا ـ يتصوّر وجه لهـذا التشـقيق، وإن تكرّر ذكره فى الكتب بعـد أن كـان الفرقبين المضاربه والإبضاع بحسب الماهيه كون الربـح بينهمـا فى الأـوّل، وللمالكفى الثانى، والمفروض تصـريحه بأنّ الربـح له، فليس هو إلّا إبضاعاً عبّرعنه بلفظ « المضاربه ». (البروجردى).

۳- ۳. أو احتمل احتمالاً معتدّاً به، وبعبارهٍ اُخرى : كونها مضاربهً فاسدهً متوقّفعلى العلم بأنّه أراد المضاربه وعقّب بما ينافيها، وإلّا فيمكن أن يكونبضاعهً أو قرضاً . (البجنوردى).

۴- ۴. بل يسـتحقّ الاُجره، إلّا مع اشتراط عـدمها، أو تبرّع العامل، كما تقـدّم منه قدس سره ، ولعلّأن يرجع المتحصّل من مجموع العباره هنا أيضاً إلى ذلک . (جمال الدين الگلپايگانى).

۵- ۵. بل يسـتحقّ، إلّا مع اشتراط عدمها، أو تبرّع العامل، هذا بحسب الواقع، وأمّابحسب الحكم الظاهرىّ فيحكم بالاستحقاق، إلّا إذا اُحرز الخلاف؛ لاستصـحابعدم تبرّعه المنقّـح لموضوع قاعـده الاحترام على إشـكال فيه، وأمّا نفس القاعده فلاتكفى، كما أنّ نفس الاستصـحاب غير مفيـد، والمسـأله مشـكله؛ للإشـكال فى مثل هذاالاستصـحاب . (الخمينى). * بل يسـتحقّ الاُجره، إلّا مع اشتراط عـدمها، أو تبرّع العامـل، كمـا تقـدّم منه قـدس سـره ، ولعلّـأن يرجع المتحصّل من مجموع العباره هنا أيضاً إلى ذلک . (النائينى). * بل للعامل الاُجره، إلّا مع الشرط، أو القرائن الدالّه على التبرّع . (الحائرى). * بل يستحقّ الاُجره، إلّا مع شرط العدم، أو كون العامـل متبرّعـاً، وفى صورهالشـكّ يسـتحقّ أيضاً؛ لقاعـده الاحترام بضـميمه أصاله عـدم قصـد التبرّع علىإشـكال فيها . (اللنكرانى).

العامل أُجرةً(۱) إلّا مع الشرط، أو القرائن الدالّه على عدم التبرّع، ومع الشكّ فيه وفی إراده الأُجره یستحقّ الأُجره(۲)

ص: ۱۸۸

۱- ۱. بل یستحقّ أُجره عمله مع فرض قصد البضاعه بهذه اللفظه ما لم یقصد التبرّع .(عبدالهادی الشیرازی). * حقّ العباره أن یقال : ویستحقّ العامل الأُجره، إلّا إذا شرط سقوطها، ثمّ إنّه قد مرّعدم الاعتبار بقصد التبرّع بمجرّده إذا لم یکن ظاهر العمل المجّانیّه، فلا محصّل للفرض الشکّ فی قصد التبرّع . (الشریعتمداری). * إذا قلنا بأنّ جعل الربح بأجمعه لنفسه کاشف عن استدعائه العمل من العاملمجّاناً، لکن لا ملازمه بین قصد الإبضاع وبین قصد المجّانیّه، فحیث إنّ الأمرالاستیفائیّ لعمل الغیر مُضمَن فلابدّ من القول باستحقاق العامل للأُجره . ومنه یظهرالنظر فی قوله فی آخر المسأله : « إلّا مع علمه بالفساد » ؛ لأنّ علم العامل بفسادالمضاربه لا یستلزم إهداره لمالیّه عمله بقصد التبرّع . (الفانی). * کما هو المعتبر فی باب البضاعه . (المرعشی).

۲- ۲. بحسب الحکم الظاهریّ؛ لأصاله عدم قصده التبرّع؛ بناءً علی أنّه مانع مناستحقاقها، لا أنّ قصد الأُجره شرط فیه، وإلّا کان الأصل خلافه، وأمّا التمسّکبقاعده الاحترام فهو کالتمسّک بالعموم فی الشبهه المصداقیّه . (البروجردی). * فیه إشکال وتأمّل، فلا یُترک الاحتیاط . (عبدالله الشیرازی). * عدم الاستحقاق هو الأظهر بعد کون الکلام المراد به البضاعه ظاهر، أو فیالمجّانیّه، أو بالقرینه الصارفه، کما هو المفروض، والتمسّک بقاعده الاحترام بعدکون المقام من الشبهات المصداقیّه لها، کما تری . (المرعشی).

أيضاً(۱) ؛ لقاعده احترام(۲) عمل المسلم(۳) . وإذا قال: خُذهُ قَراضاً(۴)

ص: ۱۸۹

---

۱ - ۱. لا ـ يبعد عدم الاستحقاق؛ لظهور الكلام فی العمل مجّاناً، وأمّا قاعده الاحترام فهیبنفسها لا تفی بالضمان، ولو علم أنّ العامل لم يقصد التبرّع بعمله . (الخوئی). * فيه إشكال، ولا يُترك الاحتياط بإعطائه الاُجره . (عبدالهادی الشيرازی). * محلّ تأمّل وإشكال، والتمسّک بقاعده الاحترام فی المورد تمسّک بالعامّ فیالشبهه المصداقيّه . (أحمد الخونساری). * بل لا يبعد عدم استحقاق الاُجره مع ظهور اللفظ فی المجّانيّه، حتّى مع العلم بأنّالعامل لم يقصد التبرّع . (حسن القمّی).

۲ - ۲. إن لم نقل بأن عدم قصد الاُ ـ جره هتک منه لا ـ حترام عمله . (الكوه كَمَری). * التمسّک بهذه القاعده فی المقام من التمسّک بعموم العامّ فی الشبهات المصداقيّه .(البجنوردی). * بضميمه أصاله عدم قصد التبرّع فی عملٍ أتى به بإذن الغير، ولا تعارض بأصالهعدم قصد الاُ ـ جره؛ لأ ـ نّ قصدها لا أثر له . (محمد رضا الگلپايگانی). * احترام عمل المسلم يتوقّف على أمر المالک بالعمل مع الاُجره، وإلّا فلا وجهللضمان، ومع الشکّ يكون مقتضى الأصل عدمه . (تقی القمّی).

۳- ۳. بضميمه أصاله عدم التبرّع . (الروحانی).

۴- ۴. مرّ عدم إمكان الجمع بين المضاربه والبضاعه فكذلک، بل الأولى منه عدم إمكانالجمع بين القَراض والقَرض جدّاً، إلّا أن يريد القَراض ويريد تمليكه الربح بعدظهوره، وهو مع اجتماع شرائط القَراض حتّى تعيين الحصّه صحيح قَراضاً، وتمليكالحصّه قبل وجودها بلا أثر، أو يريد القرض بلفظ « القَراض » ، ويكون قوله : « والربحلک » قرينهً عليه، ففی وقوعه قَرضاً صحيحاً وجه غير خالٍ من التأمّل . (الخمينی).

وتمام الربح لک فکذلک مضاربه(۱) فاسده(۲) ، إلّا إذا علم(۳) أنّه أراد القرض، ولو لم یـذکر لفظ «المضاربه» بأن قال: خُذهُ واتّجر به والربح بتمامه لی کان بضاعه، إلّا مع العلم(۴) بإراده المضاربه فتکون فاسده،

ص: ۱۹۰

۱- ۱. لا وجه لحمله علی المضاربه حتّی یصیر فاسداً، بل یحمل علی ظاهره، وتترتّبعلیه أحکام القرض . (عبدالله الشیرازی).

۲- ۲. لیس هذا من المضاربه أصـلاً کما مرّ؛ فإنْ قصدَ به تملیک العین کان قرضاً، وإلّاکان إهداءً للربح إلیه قبل وجوده، وهو لا یترتّب علیه أثر . (البروجردی). * علم ممّا ذکرنا أنّه أیضاً لیس من المضاربه بعد تصریحه بأنّ تمام الربح لک .(الشریعتمداری). * لو أراد المعنی المصـطلح لهـا . (المرعشـی). * مع اختلاف القَراض والقرض بحسب الماهیه ـ کما عرفت ـ لا دلیل علی الحملعلی کونهـا مضـاربهً فاسـده، ضـروره أنّه إن کـان المقصود تملیک العین فلابـدّ من کونهقرضاً، وإلّا فلابـدّ من الحمل علی القَراض، وتملیـک تمـام الربـح بعـد ظهوره فهیمضـاربه صـحیحه، غـایه الأمر أنّه لا یترتّب علی ذلک التملیک أثر أصـلاً، فالأمر دائربین القرض والقَراض الصحیح، ولا یبعد دعوی أقوائیّه ظهور الذیل الموجب للحملعلی القرض . (اللنکرانی).

۳- ۳. أو احتمل . (صدرالـدین الصـدر). * وکذا فی صوره الاحتمال مع ظهور الکلام ولو بالقرینه الصارفه فی إراده القرض .(المرعشی).

۴- ۴. لا ـ دخـل للعلم والجهـل فی ذلـک، وکـذا فی الفرع الآ ـتی، إلّا أن یکون المقصود فیمقام الظاهر والترافع، وهو تابع لظهور اللفظ، وفی ظهور قوله : « خـذه واتّجر بهوالربـح لک بتمامه » فی القرض تأمّل، نعم، قوله : « خـذه واتّجر به والربح لی » ظاهرفی البضاعه . (الخمینی).

ولـو قـال: خُذهُ واتّجر به والربـح لـک بتمـامه فهو قرض(۱) ، إلّا(۲) مـع العلم بـإراده المضـاربه ففاسـد، ومع الفسـاد فی الصور المذکوره(۳) یکون تمام الربح للمالک(۴) ، وللعامل اُجره عمله(۵) ، إلّا(۶) مع علمه(۷)

ص: ۱۹۱

---

۱ – ۱. إن قصـد القرض، وإلّا فهو تملیک للربـح ابتـداءً، وله العـدول عنه ما لم یعمل، بلوبعـد العمل بالنسـبه إلی ما زاد عن اُجره المثـل ولو لزم العمل، کما تقـدّم فی المضاربه .(مهـدی الشـیرازی). * لکنّه إنشاء بغیر الحقیقه، ولا ضَـیرَ فیه بعـد الصـراحه ولو بالقرینه، کما مرّ مِراراً .(المرعشی).

۲– ۲. فیما لم یظهر من کلامه ــ ولو بقرائن حالیّه ــ أنّه قصد هدیّه الربح للعامل . (محمّدالشیرازی).

۳– ۳. الظاهر أنّه أراد بها غیر الصوره الاُولی؛ حیث إنّه قدس سره قد بیّن حکمها بتمام شقوقها .(الخوئی).

۴ – ۴. کیـف یکون للمالـک مع کون المعـامله فاسـدهً والإذن من المالـک لم یحصـل علی نحوالإطلاق کی یخرج العقـد عن الفضولی؟ نعم، إذا کـان المالـک راضـیاً بمطلق المعاملهوقلنا : إنّ مجرّد الرضا الباطنیّ یُخرِج العقـد عن الفضولیّه یتمّ ما أفاده . (تقی القمّی).

۵– ۵. الظاهر ثبوته فی فرض علمه أیضاً (وفی نسـخهٍ اُخری منه قدس سـره : إذا جعل تمام الربح للمالک فی المضاربه الفاسده، وکـان الکلاـم ظـاهراًفی العمـل مجّانـاً فلا وجه لضـمانه اُجره المثل للعامل، هـذا، ولو فرض ثبوت الضـمان فی فرضـجهل العامل فالظـاهر ثبوته فی فرض علمه أیضـاً). (الخوئی). * إذا لم یکن ظـاهر الکلاـم أو ظـاهر الحـال العمل مجّاناً، وفی هـذه الصوره یکون لهاالاُجره مع علمه أیضاً . (حسن القمّی).

۶– ۶. بل مطلقاً . (الفیروزآبادی).

۷– ۷. العلم بالفسـاد لا یلازم التبرّع، فللعامل الاُجره، إلّا مع التبرّع . (الحائری).. * مجرّد العلم بالفساد لا یوجب عـدم اسـتحقاق اُجره المثل، کما مرّ فی الإجارهتفصـیله . (الخمینی). * لا فرق بین علمه وجهله علی الأصـحّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لا دخل للعلم والجهل فی استحقاق الاُجره وعدمه . (اللنکرانی).

بالفساد(۱) .

الاختلاف فینوع المعامله

(مسأله ۲۴) : لو اختلف(۲) العامل والمالک فی أنّها مضاربه

ص: ۱۹۲

---

۱ - ۱. بل مطلقاً إذا عمله بـداعی الوفاء بعقده مع غیره . (آقا ضـیاء). * لا فرق بین علمه وجهله . (الکوه کَمَری، الروحانی). * المنـاط فی سـقوط اُجره العامـل إقـدامُه بقصـد التـبرّع فی العمـل، أو إیـذان المالـک بأنلاـ اُجره لـه، لاـ مجرّد علمـه بالفسـاد . (صدرالدین الصدر). * بل یسـتحقّ مطلقاً، إلّا مع قصد التبرّع . (عبدالهادی الشیرازی). * بل حتّی مع علمه بالفساد إذا لم یقصد به التـبرّع، فاستیفـاؤه مـوجب لاسـتحقاقالاُجره، ولقاعـده الاـحترام . (البجنـوردی). * بـل مطلقـاً إذا کـان وفـاءً لعقـده . (أحمد الخونساری). * بل مطلقاً إذا کان وفاءً بعقـده . (عبدالله الشـیرازی). * لا فرق بین علمه وجهله . (الشـریعتمداری). * قد تقدّم عـدم الفرق بین العلم والجهل فی استحقاقه الاُجره، وأنّه لم یُقـدِم فیصوره العلم تبرّعاً . (المرعشـی). * لا فرق بین علمه وجهله علی الأصحّ . (محمّد الشیرازی). * بل ومعه أیضاً، إلّا إذا تحقّق قصد المجّانیّه . (السبزواری).

۲ - ۲. فی هـذه المسـأله تفصـیل لا یسـعه المقام . (صدرالـدین الصـدر). * المیزان فی التحالف والحلف والإحلاف هو مصـبّ الـدعوی، ففیمـا فرضه یکونمقتضـی القاعـده هـو التحـالف، وتختلـف الآثـار بحسب المـوارد : من کـون العامـل مـدّعیاًللقرض، والمالک للمضاربه الفاسده، أو العکس، وکذا فی الفرض الثانی، والتفصیللا یسع المقام . (الخمینی).

فاسده أو قَرض(١) ، أو مضاربه(٢) فاسده أو بضاعه(٣) ولم يكن هناك ظهور لفظىّ ولا ـ قرينه معيّنه فمقتضى القاعده(۴) التحالف(۵) ،

١- ١. إمّا بدعوى المالك الإقراض فی صوره الخسران، أو التلف لتضمين العامل، ونفياستحقاقه لأُجره عمله، ودعوى العامل القراض الفاسد لنفی الضمان وإثبات الأُجره،وإمّا بدعواه القراض الفاسد فی صوره حصول الربح ليكون الربح له، ودعوى العاملالقَراض ليكون له . (البروجردی).

٢- ٢. فی هذه المسأله أيضاً تفصيل لا يسعه المقام . (صدرالدين الصدر).

٣- ٣. العامل فی كلتيهما لا يضمن المال، ولا له شیء من الربح، وإنّما يكون له الأُجرهفی الأُولی مع جهله بالفساد أو مطلقاً، وفی الثانيه مع عدم تبرّعه، فعلی هذا لا ـ إلزامفی شیء منهما، إلّا أن يُحرِّر المالك دعواه علی وجهٍ لا ـ يستحقّ العامل معه الأُجرهعلی عمله، فتكون ملزمه، ويحلف العامل علی نفيها، فيحكم له بالأُجره، ولا تحالفعلی الأصحّ . (البروجردی).

۴- ۴. لا يبعد ترجيح قول العامل فی كونه قرضاً؛ لأنّ يده علی الربح مرجّحه لملكيّهتمامها، وهكذا، نعم، لو كان العامل مدّعياً للمضاربه الفاسده ولو من جهه تعلّقغرضه برفع ضمانه عن العين كان القول قول المالك فی تضمينه . وعلی أیّ حالٍلا ـ تنتهی النوبه فی أمثال المقام إلی التحالف؛ بناءً علی التحقيق من كفايه قيامالظاهر أو الأصل فی نتيجه الدعوی فی مقام الترجيح، بلا احتياجٍ إلی قيامهما عليمحطّ الدعوی، كما ربّما يُستفاد مثل هذه التوسعه فی مجری الأُصول منبعض النصوص، ومن هنا ظهر حال الدعوی الأُخری؛ فإنّ الغرض من هذه الدعويفساد المعاملات المترتّبه علی هذه المعامله، فأصاله الصحّه فيها تَقدّم قول مدّعيالبضاعه، كما لا يخفی . (آقا ضياء). * ويحكم حينئذٍ فی الصورتَين بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل أُجره عمله .(جمال الدين الگلپايگانی)

۵- ۵. ويحكم فی الصورتَين حينئذٍ بكون الربح للمالك، واستحقاق العامل أُجرهعمله . (النائينی). * فيما لو اختلفا فی أنّها مضاربه فاسده أو قرض . (الحائری). * ويترتّب أثر المضاربه الفاسده فی الدعوی الأُولی من جهه أصاله بقاءالمال عليملك مالكه السابق، وتبعيّه الربح للمالك، وقاعده احترام عمل المسلم، وفی الدعويالثانيه يترتّب أثر البضاعه؛ حيث إنّهما متّفقان فی أنّ الربح لصاحب المال، إلّا أنّالمدّعی للمضاربه الفاسده _ وهو العامل _ يدّعی استحقاقه الأُجره، والآخر ينفيه،إلّا أن يتشبّث بقاعده الاحترام، فمَن يدّعی البضاعه يدّعی التبرّع، والعامل يُنكِره،ولابدّ من التأمّل . (الإصفهانی). * إنّما يصحّ هذا فی الفرض الأوّل من المسأله الأُولی، وبعد التحالف يُحكَم بضمانالعامل للمال واستحقاقه لأُجره عمله؛ لأصاله الاحترام فی كلٍّ منهما، وأمّا الفرضالثانی منها فالقول فيها قول المالك يحلف علی عدم الإقراض، فيُحكَم له بالربح،كما أنّ القول قول العامل فی المسأله الثانيه، كما مرّ . (البروجردی). * ليست الصوره الثانيه مورداً للتحالف؛ لعدم دعوی ملزمه . (عبدالهادی الشيرازی). * فيكون الربح تمامه للمالك؛ لتبعيّهٍ (كذا فی الأصل، والظاهر (لتبعيّته).) للملك، وعدم موجبٍ لخروج الملك عنملكيّته بواسطه القرض؛ لانتفائه بالتحالف، وأمّا فی صوره اختلافهما فی كونهامضاربهً فاسدهً أو بضاعهً فمعلوم أنّ الربح للمالك، وفی كلتا الصورتَين العامليستحقّ الأُجره؛ لعدم قصده التبرّع، فاستيفاء المالك له موجب للضمان، وأمّاالإشكال علی التحالف بما ذكروه فی المقام فلا ـ يَرِد شیء منها عليه، كما يعرفبالتأمّل التامّ، ولا يسع المقام ذكرها وما فيها . (البجنوردی). * فيه نظر؛ فإنّ المدار فی تشخيص المدّعی والمنكِر إن كان علی عباره الدعوی،فمن المعلوم أنّ القَراض الفاسد لا أثر له فمدّعی القرض فی الفرض

الأوّل والبضاعه فى الفرض الثانى يُحسب مدّعياً، وطرفه منكِراً، وليس مورداً للتحالف . وإن كانالمدار على الغرض المقصود والأثر المترتّب فيختلف الحكم حسب المواردوالفروض، فإن كان مقصود المالك إثبات ضمان العامل وغرض العامل مطالبهالاُجره فالمورد مورد التحالف، وذلك فى صوره الخسران أو التلف فى المسألهالاُولى . وإن كان غرض المالك نفى استحقاق العامل للاُجره ومقصود العامل إثباتالاستحقاق فالمالك مدّعٍ، والعامل منكِر؛ لأصاله احترام عمل المسلم، وذلك فيالمسأله الثانيه، ودعوى المالك البضاعه والعامل المضاربه الفاسده، وعلى أيّ حالٍلا وجه لإطلاق الماتن ؛ الحكم بالتحالف . (الشريعتمدارى). * ويكون الربح للمالك، وللعامل اُجره مثل عمله، إلّا مع إقراره بعدم الإتيان بالعمللمالك . (الفانى). * هذا إنّما يتمّ فيما إذا ادّعى المالك القرض، وادّعى العامل المضاربه الفاسده، وأمّاإذا انعكست الدعوى فالظاهر أنّ الحِلف يتوجّه إلى المالك؛ لإنكاره القرض، وليسفى دعواه المضاربه الفاسده إلزام للعامل بشىء ليتوجّه الحلف إليه أيضاً، وإذا اختلفافى أنّها مضاربه فاسده أو بضاعه فلا أثر له؛ بناءً على استحقاق العامل اُجره المثلفى البضاعه؛ وذلك لاتّفاقهما على كون الربح للمالك، واستحقاق العامل اُجره المثلعلى عمله، نعم، بناءً على عدمه ـ كما اخترناه ـ يتوجّه الحلف إلى المالك؛ لإنكارهالمضاربه الفاسده، وكيف كان فلا مجال للتحالف . (الخوئى). * غير خفيٍّ أنّه ليس التحالف مرجعاً مطلقاً، وإنّما يصار إليه فى إحدى الصورتَينمن الاُولى المذكوره فى المتن، وهى : ما لو كان المالك مدّعياً للقرض الصحيح لاِنْيضمن العامل ببدل التالف أو الخسران، ولاِنْ يدفع عن نفسه استحقاق العامل اُجرهالمثل لعمله؛ وعليه فاليمين متوجّهه إلى العامل، وبحلفه ينفى دعوى القرض،والعامل حيث يدّعى المضاربه الفاسده لنفى ضمانه ببدل التالف وإثبات استحقاقهلاُجره المثل فتوجّه اليمين إلى المالك لنفى هذه الدعوى، فيُحكم بعد التحالفبضمان العامل ببدل التالف، وعدم استحقاقه لاُجره المثل، والتمسّك لإثباته بأمثالقاعده الاحترام تمسّك بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه . وأمّا فى الصوره الاُخرى منالاُولى المذكوره فى المتن، وهى : ما لو كان العامل مدّعياً للقرض الصحيح لجلبالربح إليه فلا مورد للتحالف؛ إذ بحلف المالك يثبت الربح له، ولا ثمره فى دعواهالمضاربه حتّى تتوجّه اليمين إلى العامل فى نفيها، وبالتأمّل فى ما ذكرناه فيصورتَى الصوره الاُولى المذكوره فى المتن يظهر الحال فى الصوره الثانيه المذكورهفيه بكلّى فرضيها، وأنّه لا مسرح للتحالف فيهما . (المرعشى). * إنّما يُحكم بالتحالف فى خصوص ما إذا ادّعى المالك القرض لتضمين العامللتلف والخسران، ونفى استحقاق الاُجره، فيحلف العامل لنفى القرض، وادّعىالعامل القراض الفاسد لنفى الضمان وإثبات الاُجره، فيحلف المالك لنفيه، ويُحكمبعد التحالف بضمان العامل لقاعده اليد، وعدم استحقاق الاُجره؛ لعدم إحراز كونالعمل له بإذنه حتّى يكون محترماً، بل بعد الحلف على نفى المضاربه يُحكم بكونالمعاملات الصادره منه فضوليّه . وأمّا إذا ادّعى العامل القرض ليكون الربح لهفيحلف المالك على نفيه، فيُحكم بأنّ الربح للمالك، ولا أثر لدعوى المالك المضاربهالفاسده حتّى يحلف العامل على نفيها، كما أنّ الإبضاع والمضاربه الفاسده لا مَيْزبينهما فى الأثر، فلا يُسمَع دعواهما حتّى يحتاج إلى التحالف؛ لعدم الضمان، وثبوتالاُجره للعامل فيهما . (محمّد رضا الگلپايگانى). * للمسأله صور تختلف أحكامها، وفيها تفصيل، كلّ ذلك مذكور فى (الفقه). (محمّدالشيرازى). * إن كان أثر ملزم لكلّ من الدعوَيين . (السبزوارى). * الظاهر هو التفصيل فى المقام بأن يقال : إن كان النزاع فى كونه قرضاً أومضاربه فاسده، وقلنا : إنّ المضاربه الفاسده تقتضى كون الربح كلّه للمالك مطلقاًأو مع الإجازه، وكان للعامل اُجره المثل، كما لو كان جاهلاً بالفساد جهلاًقصوريّاً يكون مقتضى القاعده التحالف؛ إذ كلّ من الطرفَين مدّعياً ومُنكِراً، وأمّالو كان المالك يدّعى البضاعه والعامل يدّعى المضاربه الفاسده وعلى فرضكونه بضاعهً لا تكون للعامل اُجره المثل يكون العامل (كذا فى الأصل، والظاهر (ويكون العامل).) مدّعياً، والمالك منكراً،ولا مجال للتحالف . (تقى القمّى). * مطلقاً إن كان المدار فى تشخيص المدّعى والمنكِر هى عباره الدعوى، ومصبّهاكما هو الظاهر، وأمّا لو كان المدار هو الغرض المقصود والأثر المنظور فالظاهراختلاف الموارد، فإن كان المالك مدّعياً

للقرض فى صوره الخسـران، أو التلفلتضـمين العامل ونفى اسـتحقاقه الأُجره، وادّعى العامل المضاربه الفاسده لنفيالضمان وإثبات الأُجره فالظاهر ثبوت التحالف، وبعده يُحكم بالضـمان والاستحقاق،وأمّا إذا انعكست الدعوى بأن ادّعى المالك القَراض الفاسد فى صوره حصول الربحليكون جميعه له، والعامل القرض كـذلك فالظاهر أنّ الحلف يتوجّه على المالك لنفيالقرض، ولا يترتّب على دعوى المالـك أثر أصـلًا . هـذا فى الفرض الأوّل، وأمّـا فيـالفرض الثانى الّـذى يـدور الأمر فيه بين المضاربه والبضاعه فلا مجال فيه للتحالفعلى هذا المبنى أصلاً؛ لاتّفاقهما على ثبوت الربح للمالك، واستحقاق العامللِلأُجره، فلا يترتّب على دعواهما أثر . (اللنكرانى).

ص: ۱۹۶

وقد(۱) يقال بتقديم قول مَن(۲) يدّعى الصحّه، وهو مشكل؛ إذ مورد الحمل

۱- ۱. فی هذه المسأله تفصیل، ففی بعض الصور یکون مورداً للتحالف، وفی بعضهالیس مورداً له، وفی بعضها الآخر محلّ تأمّل . (حسن القمّی).

۲- ۲. صُور مصبّ الدعوی مختلفه، وأمّا (کـذا فی الأصل، والظاهر زیاده (الواو) فی (وأمّا).) فی الاُولی فقد یدّعی المالک أنّها مضاربهفاسده والعامل یدّعی أنّها قرض فیما إذا حصل الربح، وقد یکون عکس ذلک فیماإذا أتلف المال من جهه استحقاق العامل اُجره العمل وعدمه، وفی الثانیه قد یکون المالک مدّعیاً أنّها مضاربه فاسده والعامل عالِم بالفساد فلا یستحقّ الاُجره، والعاملیدّعی أنّها بضاعه ولیس متبرّعاً فی العمل، وقد یکون المالک مدّعیاً أنّها بضاعه ولایستحقّ العامل الاُجره، والعامل یدّعی أنّها مضاربه فاسده وهو یستحقّ الاُجرهمطلقاً، أو مع جهله بالبطلان، وجمیع الصور المذکوره مورد التحالف، فما قیل بعدمهلیس بتمام . (عبدالله الشیرازی).

على الصحّه ما إذا عُلِمَ أنّهما أوقعا معاملةً معيّنةً واختلفا فى صحّتها وفسادها، لا مثل المقام الّذى يكون الأمر دائراً بين معاملتَين: على إحداهما صحيح، وعلى الاُخرى باطل، نظير ما إذا اختلفا فى أنّهما أوقعا البيع الصحيح أو الإجاره الفاسده مثلًا؛ إذ فى مثل هذا مقتضى القاعده التحالف(١) ، وأصاله الصِحّه لا تثبت كونه بيعاً مثلًا، لا إجاره أو بضاعه صحيحه مثلًا، لا مضاربه فاسده.

بيان صور تقسيم الربح

(مسأله ٢٥) : إذا قال المالك للعامل: خُذ هذا المال قَراضاً والربح بيننا صحّ، ولكلٍّ منهما النصف(٢) ، وإذا قال: ونصف الربح لك فكذلك، بل وكذا لو قال: ونصف الربح لى فإنّ الظاهر أنّ النصف الآخر للعامل، ولكن فرّق بعضهم(راجع الجامع للشرائع (ليحيى بن سعيد الحلّى): ٣١۴، تحرير الأحكام للعلّامه الحلّى: ٣/٢۵٢،إيضاح الفوائد: ٢/٣١٠ _ ٣١١، جامع المقاصد: ٨/٧٩ _ ٨۴) بين العبارتَين، وحكم بالصحّه فى الاُولى؛ لأنّه صرّح فيها بكون النصف للعامل، والنصف الآخر يبقى له على قاعده التبعيّه، بخلاف العباره

ص: ١٩٨

١- ١. فى بعض الفروض، لا مطلقاً . (المرعشى).

٢- ٢. الصحّه فى فروع هذه المسأله والمسأله التاليه؛ بناءً على كون المقصود منالقَراض المضاربه، وإلّا يلزم التراضى . (عبدالله الشيرازى).

الثانیه؛ فإنّ کون النصف للمالک لا ینافی کون الآخر(۱) له أیضاً علی قاعده التبعیّه، فلا دلاله فیها علی کون النصف الآخر للعامل، وأنت خبیر(۲) بأنّ المفهوم من العباره عرفاً کون النصف الآخر للعامل.

تفاوت التعبیر فی تعیین ربح النصف

(مسأله ۲۶) : لا فرق بین أن یقول: خُذ هذا المال قَراضاً ولک نصف ربحه، أو قال(۳) : خُذهُ قَراضاً ولک ربح نصفه(۴) فی الصحّه والاشتراک فی الربح بالمناصفه، وربّما یقال بالبطلان فی الثانی(۵) ، بدعوی أنّ مقتضاه کون ربح النصف الآخر بتمامه للمالک، وقد یربح النصف فیختصّ به أحدهما، أو یربح أکثر من النصف فلا تکون الحصّه معلومه، وأیضاً قد لا یعامل إلّا فی النصف، وفیه: أنّ المراد ربح نصف ما عُومِل به وربح، فلا إشکال.

جواز اتّحاد المالک مع تعدّد العامل، وعکسه

(مسأله ۲۷) : یجوز اتّحاد المالک وتعدّد العامل(۶) مع اتّحاد المال أو تمیّز

ص: ۱۹۹

۱- ۱. لا یخفی کونه فی نهایه السَخافه والرکاکه والرداءه، وتنفیر الطبع السلیم،والمصنّف قدس سره اکتفی بردّه بلطیف الکلام . (الفیروزآبادی).

۲- ۲. لمکان الظهور العرفیّ، وکفی به حجّه . (المرعشی).

۳- ۳. فیه تأمّل . (اللنکرانی).

۴- ۴. الظاهر بطلان المضاربه بالعباره الثانیه، إلّا إذا اُرید بها المعنی الأوّل . (عبدالهادیالشیرازی). * فی صحّه المضاربه بتلک العباره تأمّل، إلّا إذا اُرید بها المعنی الأوّل مع القرینه .(محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- ۵. الظاهر أنّ صور النصف ثلاث : إحداها : المبهم الّذی یُسمّی بالکلّیّ فی المعیّن . ثانیتها : المعلوم الخارجیّ، وهاتان باطلتان . ثالثتها : علی نحو الکسر المُشاع، وهذهصحیحه . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. حیث یکون المراد فی الإنشاء جواز العمل لکلٍّ من العامِلَین، وهذا لا یصحّ علیسبیل الانضمام أو الاستقلال فی تمام المال، بحیث لو عمل أحدهما فی جمیعه کانالربح مشترکاً بینهما بالتساوی أو التفاضل، وإن لم یعمل شیئاً أصلًا، بل یصحّ حیثکان المراد جواز صدور العمل من کلٍّ منهما، سواء کان المالان المتعلّقان للعملمتمیّزین، أم لا، وسواء کان تفاضل، أم لا، فهو عقد واحد صورهً، وعقدان بالانحلاللُبّاً وواقعاً، وکذا یصحّ لو کان المراد جواز صدور العمل منهما مجتمعاً بحیث لایجوز لهما علی سبیل الانفراد . (المرعشی). * إن کان المقصود من المضاربه مع الاثنین، مثلًا یکون کلّ منهما عاملًا فی نصفالمال فلا إشکال فیه، ویکون عقداً واحداً معهما بمنزله عقدین، سواء کان مال کلٍّمنهما فی الخارج ممیّزاً أم مشاعاً، کان فی حصّه أحدهما فضل، أو لا . وإن کانالمقصود صدور العمل منهما معاً بحیث لا یمضی من أحدهما منفرداً فلا یبعد صحّتهأیضاً، وتصحّ التسویه بینهما فی الحصّه والتفاضل، ولکن لا یجوز لکلٍّ منهما العململستقلّاً وهما شریکان فی الربح علی ما جعل لهما فی العقد . وأمّا إن کان المقصودجواز العمل لکلٍّ منهما فی جمیع المال منضمّاً أو مستقلّاً لکن کلّما عمل أحدهمایکون الآخر فی ربحه شریکاً، سواء عمل الآخر عملًا أم لم یعمل ففی صحّه ذلکتأمّل، کانا فی الحصّه متساویَین أو متفاوتَین . (محمّد رضا الگلپایگانی).

مال كلٍّ من العامِلَين، فلو قال: ضاربتُكُما ولكُما نصف الربح صحّ، وكانا فيه سواء، ولو فضّل أحدهما على الآخر صحّ أيضاً، وإن كانا فى العمل سواء؛ فإنّ غايته اشتراط حصّةٍ قليلةٍ لصاحب العمل الكثير، وهذا لا بأس به، ويكون العقد الواحد بمنزله عقدَين مع اثنين، ويكون كما لو قارَض أحدهما فى نصف المال بنصف وقارض الآخر فى النصف الآخر بربح الربح، ولا مانع منه.

وكذا يجوز تعدّد المالك واتّحاد العامل، بأن كان المال مشتركاً بين اثنين فقارَضا واحداً بعقدٍ واحدٍ بالنصف مثلاً متساوياً بينهما، أو بالاختلاف بأن

یکون فی حصّه أحدهما بالنصف، وفی حصّه الآخر بالثلث أو الربع مثلًا. وکذا یجوز مع عدم اشتراک المال بأن یکون مال کلٍّ منهما ممتازاً وقارَضا واحداً مع الإذن فی الخلط مع التساوی فی حصّه العامل بینهما، أو الاختلاف بأن یکون فی مال أحدهما بالنصف، وفی مال الآخر بالثلث أو الربع.

صور کون المال مشترکاً بین اثنین

(مسأله ۲۸) : إذا کان مال مشترکاً بین اثنین فقارَضا واحداً، واشترطا له نصف الربح وتفاضلا فی النصف الآخر بأن جعل لأحدهما أزید من الآخر مع تساویهما فی ذلک المال، أو تساویا فیه مع تفاوتهما فیه: فإن کان من قصدهما(۱) کون ذلک للنقص علی العامل بالنسبه إلی صاحب الزیاده، بأن یکون کأنّه اشترط علی العامل فی العمل بماله أقلّ من ما شرطه الآخر له، کأن اشترط هو للعامل ثلث ربح حصّته، وشرط له صاحب النقیصه ثُلُثَی ربح حصّته مثلاً مع تساویهما فی المال فهو(۲) صحیح(۳) ؛ لجواز

ص: ۲۰۱

۱- ۱. الظاهر أنّ مجرّد القصد لا فائده فیه، نعم، إذا کان هناک ما یدلّ علیه من لفظ، أو مایقوم مقامه فلا بأس، وإلّا فظاهر المعامله علی النحو المذکور ورود النقص علیالمالک . (صدرالدین الصدر). * لا یکفی مجرّد القصد، بل لابدّ من إیقاع العقد بنحوٍ یفید ذلک . (الخمینی).

۲- ۲. لکن تتوقّف صحّته علی أن یقع بین کلٍّ من الشریکَین والعامل عقد المضاربهمستقلّهً بتلک الکیفیّه، ولا یکفی فیها مجرّد القصد والنیّه مع وحده العقد . (جمال الدینالگلپایگانی).

۳- ۳. بشرط أن یکون المقصود مفهوماً من اللفظ ولو بالقرینه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لکن تتوقّف صحّته علی أن یقع بین کلٍّ من الشریکَین والعامل عقد مضاربهٍمستقلّهٍ بتلک الکیفیّه، ولا یکفی فیها مجرّد القصد والنیّه مع وحده العقد . (النائینی). * لو کان هناک ظهور عرفیّ فیه . (المرعشی). * بشرط وجود الدلیل علیه، ولا یکفی مجرّد القصد والنیّه . (اللنکرانی).

اختلاف(۱) الشریکَین فی مقدار الربح المشترَط للعامل، وإن لم یکن النقص راجعاً إلی العامل بل علی الشریک الآخر، بأن یکون المجعول للعامل بالنسبه إلیهما سواء، لکن اختلفَا فی حصّتهما بأن لا یکون علی حسب شرکتهما فقد یقال فیه بالبطلان(۲) ؛ لاستلزامه زیادهً لأحدهما علی الآخر مع تساوی المالَین، أو تساویهما مع التفاوت فی المالَین بلا عملٍ من صاحب الزیاده؛ لأنّ المفروض کون العامل غیرهما، ولا یجوز ذلک فی الشرکه، والأقوی(۳) الصحّه(۴) ؛ لمنع عدم جواز الزیاده لأحد الشریکَین بلا مقابلتها

ص: ۲۰۲

۱- ۱. فی التعلیل نظر . (المرعشی).

۲- ۲. وهو الأقوی، وإن قلنا بصحّته فی عقد الشرکه، وقیاس المقام علیه مع الفارق، کمایظهر وجهه بالتأمّل . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. الظاهر توقّف الصحّه هنا أیضاً علی إیقاع عقد الشرکه أوّلاً بین المالکَین، متضمّناًلِما ذُکر من شرط التساوی أو التفاضل فی الربح الحاصل لهما، مع إیقاع عقدالمضاربه بینهما والعامل، ولا یجوز الاکتفاء بعقد المضاربه وحده واشتراط التساویأو التفاضل المذکور فی ضمنه . (جمال الدین الگلپایگانی). * بل الأقوی البطلان ها هنا، والصحّه فی الشرکه مع الشرط، نعم، لو أوقعا عقدالشرکه واشترطا فیه ذلک ثمّ أوقعا المضاربه لا بأس به . (الخمینی).

۴- ۴. الظاهر توقّف الصحّه هنا أیضاً علی إیقاع عقد الشرکه أوّلاً بین المالکَین، متضمّناًلِما ذُکر من شرط التساوی أو التفاضل فی الربح الحاصل لهما، ثمّ إیقاع عقدالمضاربه بینهما والعامل، ولا یجوز الاکتفاء بعقد المضاربه وحده واشتراط التساویأو التفاضل المذکور فی ضمنه . (النائینی). * مشکل . (الحائری). * علی تقدیر القول بها هنا فی الشرکه یشکل القول بها هنا؛ لأنّ ذلک فیما إذااشترط الشریکان فی عقد الشرکه التفاوت فی الربح مع تساوی المالین، فربّما یقالبالصحّه عملًا بالشرط، وهنا لیس عقد شرکهٍ فی البَین؛ فإنّ الشرکه حاصله بسببٍمن الأسباب کالإرث وغیره، والواقع مضاربه واقعه بین الشریکَین والعامل، فأینعقد واقع بین الشریکَین قد شرطا فی ضمنه کون ربح مال المشترک (کذا فی أصل النسخه، والظاهر (المال المشترک).) بالاختلافحتّی یحکم بجوازه بالشرط؟ ! (الإصفهانی). * بل القویّ عدم الصحّه . (الکوه کَمَری). * الشرکه بین المالکین هنا لیست شرکهً عقدیّهً حتّی یقال بصحّه اشتراط الزیادهفیها علی القول بها هناک، وإنّما یکون العقد هنا بین کلٍّ من المالکَین والعامل، لا بینالمالکین . (البروجردی). * بل ظاهر سقوط هذا الشرط؛ لأنّه لیس شرطاً لأحد المتعامِلَین علی الآخر ولایضرّ بصحّه المضاربه . (مهدی الشیرازی). * الشرکه بین المالکَین هنا لیست شرکهً عقدیّهً حتّی یقال بصحّه اشتراط الزیادهفیها علی القول بها هناک، وإنّما یکون العقد هنا بین کلٍّ من المالکَین والعامل، لا بینالمالکَین، نعم، إذا کان من شرط الفعل لا بأس به، لکن خلاف المفروض . (عبداللهالشیرازی). * بل الأقوی عدم الصحّه وإن قلنا بالصحّه فی الشرکه العقدیّه . (الشریعتمداری). * وإن لم یُوقَّع عقد الشرکه بین الشریکَین، وفیه إشکال . (المرعشی). * فیها نظر . (محمّد الشیرازی). * بناءً علی أن یکون عقد المضاربه حینئذٍ بمنزله عقد الشرکه أیضاً، فهو عقد واحدیکون بمنزله عقدَین . (السبزواری). * مشکل فی غایه الإشکال؛ لأنّه لیس شرطاً لأحد المتعامِلَین علی الآخر حتّییجب الوفاء به، وإن رجع إلی جعل حصّهٍ للأجنبیّ فقد تقدّم الإشکال فیه أیضاً، وعلی کلّ حالٍ لا یضرّ بصحّه المضاربه . (حسن القمّی). * الأظهر عدم الصحّه وإن قلنا بصحّه الزیاده فی الشرکه؛ إذ الشرکه فی المقاملیست عقدیّه؛ فإنّ العقد یکون بین کلٍّ من المالکَین والعامل، لا بین المالکَین، وقدتقدّم عدم جواز شرط جزءٍ من

الربح للأجنبيّ . (الروحانی). * إذا وقع الشرط فی الشرکه العقديّه، وأمّا الاشتراط فی ضمن عقد المضاربه معکون أحد الطرفَين هو العامـل والآخر هو المالک، من دون أن يکون هناک شـرکهعقديّه بين المالکين ابتـداءً، أو کانت ولم يشترط فيها فلا يکفی أصلاً . (اللنکرانی).

لعملٍ منه(۱) ، فإنّ الأقوی جواز(۲) ذلک بالشرط(۳) ، ونمنع کونه خلاف

۱- ۱. کی یکون اشتراط التفاضل کذلک خلاف مقتضی باب الشرکه . (المرعشی).

۲- ۲. هـذا الکلام علی تقدیر صحّته فیما إذا کان هذا الشرط فی ضـمن عقد الشـرکهالواقعه بین المالکَین، فحینئذٍ یکون محلّ الکلام فی أنّه هـل هـذا الشـرط منافٍلمقتضـی العقـد، أو لمقتضـی إطلاقه، لا فی مثل المقام من وقوع هـذا الشـرط فی ضـمنعقد المضاربه بین المالک والعامل، ولا ربط له أصلاً بالشرط الواقع بین المالکَین فیعقد الشرکه؟ (البجنوردی).

۳- ۳. بناءً علی جریان أصاله عدم المخالفه فی الشـروط، واشتراطها فی ضـمن عقدٍلازم، وإلّا فمشکل . (أحمد الخونساری). * فیه إشکال إذا کان الشرط من شرط النتیجه، ولا بأس به إذا کان من شرط الفعل،لکنّه خلاف المفروض فی المقام . (الخوئی). * فی صوره وقوع شـرط الشـرکه فی العقد الواقع بین المالکَین، والالتزام بوقوعه فیالعقد الواقع بینهما وبین العامل ولو ضمناً، کما تری . (المرعشـی). * هـذا إذا وقع الشـرط فی العقـد الواقع بین الشـریکَین دون الواقع بین کـلٍّ منالمالکَین والعامل، ومعلوم أنّ انضـمام عقـدیهما مع العامل لا یسـتلزم إیقاع عقـدٍ بینهماولو ضـمناً . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * بل الأقوی عدم الجواز؛ فإنّ الشرط لا یکون مشرَّعاً . (تقی القمّی).

مقتضى الشركه، بل هو خلاف(۱) مقتضى إطلاقها، مع أنّه يمكن(۲) أن يُدّعى الفرق(۳) . . . .

ص: ۲۰۵

۱- ۱. الشركه فى المسأله بين المالكَين، والشركه الّتى تضمّنتها (فى الأصل : (تضمّنها) ، والأصحّ ما أثبتناه لاقتضاء السياق .) المضاربه بين المالكوالعامل . (عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. المضاربه ناظره ابتداءً إلى حصّه العامل مع كلٍّ من المالكَين، وليست ناظرهًإلى ما يرجع إلى المالكَين فيما بينهما، مضافاً إلى أنّ تساوى المالكَين فيالربح مع تساوى مالَيهما ليس من مقتضى الشركه أو المضاربه، وإنّما ذلكمترتّب على المالَين . (صدرالدين الصدر).

۳- ۳. نعم، ولكنّ الفرق يقتضى بطلان الشرط هنا وإن قلنا بصحّته هناك، لا العكس، معأنّ صحّته هناك أيضاً محلّ تأمّل وإشكال، كما يأتى . (البروجردى). * نعم، ولكنّه ينتج بعكس ما يريد؛ فإنّه فى عقد الشركه يمكن أن يقع هذا الشرطويقال بتأثيره؛ لأنّه خلاف مقتضى إطلاق العقد، لا خلاف مقتضى أصل العقد، وأمّافى ما نحن فيه فلا وجه لتأثير الشرط الواقع بين المالكَين والعامل فى اختلافالمالكَين فى الربح مع تساويهما فى المال، أو تساويهما فى الربح مع اختلافهما فيالمال؛ لأنّ هذا الشرط خلاف مقتضى الشركه يقيناً ولو لإطلاقها، ولم يُشترط أنتكون الشركه كذلك . (البجنوردى). * هذا الفرق مبتنٍ على ما تقدّم منه قدس سره من جواز اشتراط كون جزءٍ من الربحللأجنبىّ، وقد تقدّم المنع عنه . (الخوئى). * بصحّه الشرط فى عقد الشركه، ولكنّه لا ينفع للمقام، إلّا بناءً على ما مرّ من كونهبمنزله عقدَين، ويترتّب عليه حينئذٍ أثر كلٍّ منهما . (السبزوارى). * لا وجه للتفريق . (تقى القمّى). * ولكنّ هذا الفرق يقتضى البطلان هنا، لا العكس، كما عرفت . (اللنكرانى).

بین(۱) الشرکه(۲) . . . .

ص: ۲۰۶

---

۱ – ۱. لا ـ یخفی أنّ الشرکه المقصوده فی المقام هی الشرکه بین المالکَین فی المالالّذی تعلّقت به المضاربه، وهی غیرها بالبدیهه، بل هی لیست متضمّنهً لها أیضاً،والّتی تضمّنتها هی الشرکه بین المالک والعامل عند حصول الربح الّتی هیغیر مقصودهٍ فی المقام، والفرق الّذی ادّعاه مع وضوحه وبداهته لا یجدی فیدفع الإشکال أصلاً . (الإصفهانی). * أقصی ما بینهما من الفرق هو صلاحیّه عقد الشرکه؛ لاشتراط التساوی أوالتفاضل المذکور فی ضمنه، علی ما هو أقوی الوجهین فیه، وکون عقد المضاربهبمعزلٍ عن هذه الصلاحیّه، کما تقدّم فی الحاشیه السابقه، وظاهر أنّه ینتج عکس ماهو بصدده . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۲ – ۲. والفرق بینهما یوجب البطلان فی المقام، وإن قلنا بالصحّه فی الشرکهإلّا علی القول بجواز جعل جزءٍ من الربح للأجنبیّ، کما اختاره الماتن قدس سره ،وقد مرّ منعه . (عبدالله الشیرازی). * المضاربه تتصادق مع الشرکه فی المقام؛ لأنّ المفروض وقوع عقدٍ واحدٍبالمضاربه بین المالکَین للمال المشترک، وبین العامل، وهذا العقد الواحد یستلزمالشرکه العقدیّه بین المالکَین فی المال المشترک، ومقتضاها الاسترباح بالمالالمشترک، ومقتضی عقد المضاربه اشتراک العامل معهما فی الربح حسب ما قرّر لهمن السهم، والسرّ فی ذلک : أنّ المال المشترک إذا اُدِیرَ فی التجاره للاسترباح وکانالعامل غیر الشریکَین ولم یکن عمله بالتبرّع أو بالاُجره أو بالجعاله، بل کان بحصّهٍمن الربح کان ذلک شرکهً عقدیّهً بین المالکَین فی المال ــ إذ لا معنی للشرکه إلّادوران المال المشترک فی التجاره ــ ومضاربهً بینهما وبین العامل؛ إذ لا ـ معنیللمضاربه إلّا الإذن للعامل فی الاسترباح مع تشریکه فی الربح، غایه الأمر تکونالاُولی مدلولاً التزامیّاً للثانیه؛ وعلی هذا فإذا قلنا بجواز التفاضل فی شرکه الأموالبین المالکَین لزم القول بجوازه فی المقام، نعم، قد یتوهّم لزوم التصریح باللفظ فیالشرکه، ولکنّه مدفوع بعدم دلیلٍ علی ذلک، هذا کلّه، مضافاً إلی أنّ اشتراط الزیادهلأحد الشریکَین لیس مخالفاً للکتاب، ویشمله عموم « المؤمنون ــ المسلمون ــ عندشروطهم »(الاستبصار للطوسی : ۳/۲۳۲ ، المهذّب لابن البرّاج : ۲/۲۱۲ ، الوسائل الباب : (۲۰) من أبوابالمهور، ح ۴ ، المدوّنه الکبری لمالک : ۳/۲۳۵ ، المبسوط للسرخسی : ۲۳/۳۳.) ، فهو نظیر اشتراط سهمٍ من الربح للأجنبیّ الّذی قلنا بجوازه . (الفانی).

والمضاربه(۱) وإن كانت متضمّنةً للشركه.

بطلان المضاربه بموت كلّ من المالک أو العامل

(مسأله ۲۹) : تبطل المضاربه بموت كلٍّ من العامل والمالك، أمّا الأوّل فلاختصاص الإذن به، وأمّا الثانى فلانتقال المال بموته إلى وارثه، فإبقاوها يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ بشرائطه، فإن كان المال نقداً(۲) صحّ(۳) ، وإن كان عروضاً(۴)

---

۱ - ۱. بجعل الفارق إطلاقات المضاربه، فتستفاد منها صحّه مثل هذه المضاربه المتضمّنهللشرط المذكور بخلاف الشرط المذكور، فى ضمن عقد الشركه؛ حيث إنّ الشرطالمذكور مخالف لمقتضى ذاك العقد، فيَفسُد ويُفسِد على وجه، والأقرب عدم كونالفارق فارقاً مع إمكان نقل المنع إلى المضاربه أيضاً . (المرعشى). * بأن يتمسّك بإطلاقات المضاربه؛ لصحّتها مع الشرط المذكور؛ حيث لم يكنمخالفاً لمقتضاها، بخلاف الشرط فى ضمن الشركه فإنّه يدّعى أنّه مخالف لمقتضيعقدها، لكنّ ذلك أيضاً لا يُفيد إلّا إذا وقع فى العقد الواقع بين المالكَين حتّى يكونالشرط منهما؛ لأنّ الشرط بين المالك والعامل لا يوثّر فى التزام شيءٍ على المالكَين .(محمّد رضا الگلپايگانى).

۲ - ۲. تقدّم أنّه يحتمل ضعيفاً جواز المضاربه بما ينوب النقدَين، كالفُلُوس والقَراطيسالمعموله فى هذا العصر وغيرهما . (المرعشى).

۳- ۳. ولكن بعقدٍ جديد، فليس بإبقاء العقد السابق . (المرعشى).

۴- ۴. قد مرّ الإشكال فيه . (عبدالله الشيرازى).

فلا(۱) ؛ لِما عرفت من عدم جواز المضاربه على غير النقدَين(۲) ، وهل يجوز لوارث المالك(۳) إجازه العقد(۴) بعد موته؟ قد يقال بعدم الجواز(۵) ؛ لعدم عُلقهٍ له بالمال حال العقد بوجهٍ من الوجوه(۶) ؛ ليكون واقعاً على ماله أو متعلّق حقّه، وهذا بخلاف إجاره البَطن السابق في الوقف أزيد من مدّه حياته؛ فإنّ البطن اللاحق يجوز له الإجازه؛ لأنّ له حقّاً بحسب جعل الواقف، وأمّا في المقام فليس للوارث حقّ حال حياه المورث أصلاً، وإنّما ينتقل إليه المال حال موته، وبخلاف إجازه الوارث لِما زاد من الثلث في الوصيّه، وفي المنجّز

ص: ۲۰۸

۱- ۱. على الأحوط، كما تقدّم منه . (مهدي الشيرازي). * مرّ أنّ جواز المضاربه على غير النقدَين هو الأظهر . (الخوئي). * تقدّم الكلام فيه . (حسن القمّي). * على الأحوط، كما تقدّم منّا ومنه . (الروحاني). * قد مرّ الكلام فيه في أوائل كتاب المضاربه . (اللنكراني).

۲- ۲. مرّ الكلام فيه سابقاً . (الخميني). * وقد تقدّم نفي البُعد عن صحّه المضاربه بغيرهما . (محمّد الشيرازي).

۳- ۳. لمّا كان عقد المضاربه من العقود الإذنيّه الصالحه لِانْ تنعقد بأيّ لفظٍيدلّ عليها جاز أن ينشأ بذلك، ويكون إنشائه لعقد المضاربه من الوارث،لا إنفاذاً لعقد المورّث . (جمال الدين الگلپايگاني).

۴- ۴. لمّا كان عقد المضاربه من العقود الإذنيّه الصالحه لِانْ تنعقد بأيّ لفظٍ يدلّ عليهاجاز أن ينشأ بذلك، ويكون إنشاءً لعقد المضاربه من الوارث، لا إنفاذاً لعقد المورّث .(النائيني).

۵- ۵. وهو الأقوى، وما ذكره من الوجه للصحّه غير وجيه . (الخميني).

۶- ۶. نفي العُلقه ولو بنحو المعرضيّه خلاف مرتكزات العقلاء . (السبزواري).

حـال المرض على القول بالثلث فيه فإنّ له حقّاً(۱) فيما زاد؛ فلـذا تصـحّ إجازته، ونظير المقام إجاره الشـخص مالَه مدّةً ماتَ فی أثنائها على القول بالبطلان بموته؛ فإنّه لا يجوز للوارث إجازتها، لكن يمكن(۲) أن يقال(۳) :

ص: ۲۰۹

۱- ۱. فيه نظر؛ لأنّه وإن قلنا بالشـكّ فی المنجّز لكن لا دليـل على أنّه منبـاب ثبوت الحقّ فی مـا زاد حـال الحيـاه، بل من باب الحكم الفعلیّ بأنّه أن يتملّك . (الفيروزآبادی).

۲- ۲. فی الكفـايه نظر، والحَرِیّ بـالقبول أن يقـال : إنّ المضـاربه حيث كـانت من العقودالإذنيّه وهی خفيفه المؤونه تكفی فی تحقّقها أيّه لفظٍ كانت، ففی ما نحن فيه إجازهالورثه تجديد عقدٍ منهم . (المرعشی).

۳- ۳. هذا ممّا لا وجه له . (الكوه كَمَری). * محلّ تأمّل، بل يمكن أن يقال : لمّا كان عقد المضاربه من العقودالإذنيّه الصالحه لاِنْ ينعقـد بأیّ لفظٍ يـدلّ عليها جاز إنشاؤهابـذلك، ويكون إنشاء العقـد مضاربةً مسـتأنفةً من الوارث، لا إبقاءًلعقـد المورّث . (الإصـطهباناتی). * بـل إنّمـا يمكن بالتراضـی أو التصالـح أو بالجعاله . (مهـدی الشـيرازی). * وإن كان ضـعيفاً . (عبـدالهادی الشـيرازی). * لكنّ الأقوى خلافه . (البروجردی). * ويمكن أن يقـال بأنّهـا إنشاء لمضاربةٍ مسـتأنفةٍ من الوارث؛ إذ يكفی فی تحقّقها أیّلفظٍ كان . (الشريعتمداری). * إلّا أنّه لا دليل عليه، بل الدليل قائم على عدمه . (الخوئی). * ولكن لا يصحّ أن يلتزم به . (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل إنّما يمكن بالتراضی أو التصالح أو بالجعاله، ويمكن أيضاً إنشاء المضاربهبلفظ « الإجازه » ، فيتوقّف على القبول . (حسن القمّی). * وإن كان ضعيفاً، نعم، فی محكِیّ المسالك (راجع مسالك الأفهام : ۴/۳۸۵ ، ۶/۱۵۶ ـ ۱۵۷.) ، يمكن إنشاء المضاربه بلفظ « الإجازه » ، فيكون حينئـذٍ عقداً موقوفاً على القبول، لا إجازةً محضه، ولا بأس به،ويمكن تصحيحه إجازةً بوجهٍ آخر ليس المقام مورداً لذكره . (الروحانی). * ثبوتاً، لا إثباتاً، ضروره عدم الدليل عليه . (اللنكرانی).

يكفى فى صحّه(۱) الإجـازه كون المال فى معرض الانتقال(۲) إليه(۳) ، وإن لم يكن له عُلقه به حال العقـد، فكونه سيصـير له كافٍ(۴) ، ومرجع إجازته(۵) حينئذٍ إلى إبقاء ما فعله المورّث(۶) ، لا قبوله، ولا تنفيذه؛ فإنّ الإجازه(۷)

۱- ۱. وإن لم يقم عليه دليل . (عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. لولا التصرّف . (الفيروزآبادى). * هذا الاحتمال ضعيف، ومخالف للصناعه العلميّه . (الفانى).

۳- ۳. إن كان بنحوٍ يعتبره العرف، والظاهر كونه كذلك . (السبزوارى).

۴- ۴. الكفايه محلّ الإشكال؛ فإنّ شـمول حـديث زراره (الوسائل : الباب (۷۵) من أبـواب مـا يكتسب به، ح ۵.) لأمثال المقام مشكل، بلممنوع . (تقى القمّى).

۵- ۵. المضاربه تـدور مدار إذن المالك وجوداً أو عدماً، ومع موته لا إذن فلا مضاربه،ولا معنى لإجازه الوارث فى الموارد التى أشار إليها، ولو أجازها فهى مضاربهجديده، ولابدّ فى صحّتها حينئذٍ من وجود شرائط الصحّه . (صدرالدين الصدر).

۶- ۶. الظاهر أنّ الإجازه فى المنجّز على القول بالتوقّف عليها فى ما زاد على الثلثكذلك، وكذلك فى الوصـيّه . (الفيروزآبادى).

۷- ۷. لا نتصوّر للإجازه إلّا معنىً واحـداً، وهو تنفيـذ ما فعله الآخر من عقـدٍ أو غيره معارتباطه بالمجيز، نعم، يختلف فى الأثر، لا أنّ معنى الإجازه يختلف بحسب المواردالثلاثه . (صدرالدين الصدر).

أقسام: قد تكون قبولاً لِما فعله الغير، كما فی إجازه بیع ماله فضولاً، وقد تكون راجعاً إلی إسقاط حقّ، كما فی إجازه المرتَهِن لبیع الراهِن، وإجازه الوارث لِما زاد عن الثلث، وقد تكون إبقاءً(۱) لما فعله(۲) المالک، كما فی(۳) المقام(۴) .

عدم جواز توكیل العامل غیره إلّا بإذن المالک

(مسأله ۳۰) : لا یجوز للعامل(۵) أن یوكّل وكیلاً فی عمله أو یستأجر

أجیراً إلّا بإذن المالک(۶) ، نعم، لا بأس(۷) بالتوكیل أو الاستئجار فی بعض

۱- ۱. ولكنّ إبقاءه لا یمكن إلّا بعقدٍ جدید؛ لأنّ العقد الواقع سابقاً بین مورّثه والعاملأجنبیّ عنه، ولا صله بینه وبینه أصلًا، بل إطلاق الإبقاء علیه حتّی بالعقد الجدیدمسامحه، بل إحداث مضاربهٍ جدیدهٍ بعقدٍ جدید؛ فإنّه بعد موت المورِّث وانتقالالمال إلی الوارث لیست المضاربه قابلهً للبقاء . (البجنوردی).

۲- ۲. مشكل؛ لعدم الدلیل علیه . (أحمد الخونساری). * الإبقاء إن كان لحقٍّ للمبقی فی متعلّق ما یبقیه كان لإبقائه أثر، ولكنّه مفقود فیالمقام؛ فإنّ الوارث لیس له أیّ حقٍّ فی مال مورّثه حال صحّته، وإذا لم یكن له حقّأصلًا فلا أثر لإبقائه بأیّ وجهٍ من الوجوه، نعم، یمكن القول بأنّ الإبقاء عرفاً بمنزلهعقدٍ جدیدٍ، كما لو كان المورّث أعار ثوباً أو داراً فأبقاه الوارث فإنّه بمنزله عاریهٍجدیده . (كاشف الغطاء).

۳- ۳. تقدّم أنّها من إنشاء عقد المضاربه بهذه الصیغه، لا من إجازه عقد المورّث .(جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. تقدّم أنّها من إنشاء عقد المضاربه بهذه الصیغه، لا من إجازه عقد المورّث .(النائینی).

۵- ۵. لا بأس بما یتعارف من ذلک، فإنّه من المأذون بالفحوی . (مهدی الشیرازی).

۶- ۶. ولو بالفحوی، أو الانصراف إلی المتعارف المقتضی للتوكیل . (محمّد الشیرازی).

۷- ۷. لخروجها عن عنوان المضاربه الظاهره فی لزوم المباشره، أو لكون المتعارف فیالسوق إرجاع بعض المقدّمات إلی غیر العامل، كالوسائط فی المعاملات .(المرعشی).

المقدّمات(۱) ، علی ما هو المتعارف، وأمّا الإیکال إلی الغیر وکالهً أو استئجاراً فی أصل التجاره فلا یجوز من دون إذن(۲) المالک، ومعه لا مانع منه، کما أنّه لا یجوز له أن یضارب غیره إلّا بإذن المالک.

ثلاث صور فی إذن المالک فی مضاربه الغیر

(مسأله ۳۱) : إذا أذن فی مضاربه الغیر: فإمّا أن یکون بجعل العامل الثانی عاملاً ـ للمالک، أو بجعله شریکاً معه فی العمل والحصّه، وإمّا بجعله عاملاًلنفسه، أمّا الأوّل فلا مانع منه، وتنفسخ(۳) مضاربه(۴) نفسه(۵) علی

ص: ۲۱۲

۱- ۱. وفی إیقاع بعض المعاملات المتعارف إیکالها إلی الدلّال . (الخمینی).

۲- ۲. أو التعارف . (اللنکرانی).

۳- ۳. للتنافی بین المضاربتَین، فجعله عاملاً مستقلّاً للمالک مع إذنه فی ذلک فسخللمضاربه الاُولی، وکون المضاربه من العقود اللازمه ــ کما قیل ــ لا یصحّح المطلببعد ما کان المقصود الاستقلال فی جمیع المال فی جمیع الأوقات . (عبداللهالشیرازی). * إذا أحرز أنّ مقصود المالک کون العامل له واحداً منهما فقط، وبدونه لا وجهللانفساخ؛ لعدم المنافاه، کوکاله اثنین فی بیع مال شخصٍ واحد . (اللنکرانی).

۴- ۴. للتنافی بین المضاربتَین، فجعله عاملاً مستقلّاً للمالک مع إذنه فی ذلک فسخ منهماللمضاربه الاُولی . (الإصفهانی). * فیه إشکال، بل لا یبعد بقاؤها بین المالک والعامِلَین جمیعاً، فلکلٍّ منهما أن یتّجربالمال والربح مشترک بینه وبین المالک . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. بناءً علی جعل العامل الثانی عاملاً مستقلّاً للمالک بلا مشارکه أحدٍ معه فیالمأذونیّه فی المعامله علی ذلک المال، وذلک بإذنٍ من المالک، فلا محاله یکون ذلکفسخاً منهما للمضاربه الاُولی؛ للتنافی بین کون کلٍّ منهما عاملاً مستقلّاً کذلک وفیغیر هذه الصوره لا مانع من کون کلٍّ منهما عاملاً؛ لعدم التنافی . (حسن القمّی).

الأقوی، واحتمال بقائها(۱) مع ذلک، لعدم المنافاه(۲) ، کما تری(۳) ، ویکون الربح مشترکاً بین المالک والعامل الثانی، ولیس للأوّل شیء، إلّا إذا کان بعد أن عمل عملاً وحصل ربح فیستحقّ حصّته من ذلک، ولیس له أن یشترط(۴)

ص: ۲۱۳

۱- ۱. لا یبعد هذا الاحتمال؛ لعدم المنافاه، کما فی نظیره من ولایه الأب والجدّ؛ حیثیکون لکلٍّ منهما ولایه علی المولّی علیه بالاستقلال . (أحمد الخونساری). * هذا هو الأظهر؛ وعلیه فلکلٍّ منهما الاتّجار بالمال، ویکون الربح مشترکاً بینالمالک والعامل . (الروحانی).

۲- ۲. لوضوح المنافاه بینهما؛ إذ مقتضی المضاربه الاُولی کون نصف الربح مثلاً للعاملالأوّل، ومقتضی المضاربه الثانیه کون ذلک النصف أو مقدار منه مثلاً للعامل الثانیفلا یجتمعان، فلابدّ من بطلان أحدهما أو کلیهما؛ وحیث إنّ المضاربه من العقودالجائزه فإذن المالک للثانیه مع منافاتها للاُولی إبطال لها . (البجنوردی). * إن کان المقصود جواز العمل لکلٍّ منهما فی أیّ مقدارٍ کان فالظاهر أنّه لا مانع منصحّته، نظیر جعل الوکاله لاثنین فی بیع ماله، أو جعل الجعاله لکلّ مَن ردّ ضالّتهمثلاً، فکلّ منهما إذا عمل فی مجموع المال أو مقدارٍ منه یستحقّ حصّته من الربح،ولا یبقی للاخر شیء حتّی یجوز له العمل فیه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. لا أری فیه شیئاً بعدما کانت المضاربه من العقود الإذنیّه؛ وعلیه فلکلٍّ منالعامِلَین أن یتّجر بالمال، والربح یکون مشترکاً بین العامل والمالک . (الخوئی). * هذا الاحتمال قویّ، والتعلیل صحیح، وذلک مثل وکاله اثنین فی بیعماله، والمضاربه کأنّها وکاله بجعلٍ مخصوص، فلا مانع من جواز عملکلٍّ منهما فی المال . (الشریعتمداری). * لا محذور فیه إذا کانت بنحو البدلیّه، لا بنحو العرضیّه وعدم التشریک، کما هوالمفروض . (السبزواری). * لا نری فیه مانعاً . (تقی القمّی).

۴- ۴. لا مانع منه؛ بناءً علی ما تقدّم منه قدس سره من عدم استبعاد جواز جعل جزءٍ من آ الربح للأجنبیّ . (الخوئی).

على العامل(۱) الثانی(۲) شیئاً من الربح(۳) بعد(۴) أن لم یکن له عمل بعد المضاربه الثانیه، بل لو جعل الحصّه للعامل فی المضاربه الثانیه أقلّ ممّا اشترط له فی الاُولی، کأن یکون فی الاُولی بالنصف وجعله ثُلثاً فی الثانیه لا یستحقّ تلک الزیاده، بل ترجع إلی المالک، وربّما یحتمل جواز اشتراط شیءٍ من الربح، أو کون الزیاده له، بدعوی أنّ هذا المقدار ــ وهو إیقاع عقد المضاربه ثمّ جعلها للغیر ــ نوع من العمل یکفی فی جواز جعل حصّه من الربح له، وفیه(۵) : أنّه وکاله لا مضاربه(۶) ، والثانی

۱- ۱. تقدّم فی نظیره أنّه لا مانع منه . (الشریعتمداری).

۲- ۲. إلّا مع إذن المالک، فیکون نظیر اشتراط سهمٍ من الربح للأجنبیّ، وقد مضی منهعدم استبعاد جوازه، وقلنا به أیضاً . (الفانی).

۳- ۳. یعنی لنفسه . (الإصفهانی، الإصطهباناتی).

۴- ۴. قد مرّ الإشکال فی جعل شیءٍ للأجنبیّ علی الإطلاق . (تقی القمّی).

۵- ۵. الأولی أن یقال : لو صحّت هذه الدعوی استحقّ العامل اُجره المثل علی المالک، لاعلی العامل الثانی، ولا حصّهً مجهولهً من الربح . (صدرالدین الصدر).

۶- ۶. الکلام فی الجواز وعدمه، لا فی أنّه وکاله أو مضاربه، والحقّ أنّه جائز، وقد تقدّممنه قدس سره المیل إلی جواز اشتراط مقدارٍ للأجنبیّ وبالطریق الأولی هنا . (کاشف الغطاء). * بل یمکن أن یقال : إنّ ما یتحقّق منه لیس ممّا یصدر من المضارب، بل مضاربهوعمل لنفسه، فکیف یستحقّ حصّهً من الربح؟ (المرعشی). * وأیضاً عقد المضاربه لنفسه لیس من عمل المضارب فی المال حتّی یصحّ جعلالحصّه بإزائه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * یمکن جعله وکالهً، ویمکن جعله مضاربهً فی طول المضاربه الاُولی، والعقودتابعه للقصود، ولکلٍّ منهما حکمها . (محمّد الشیرازی).

أيضاً(۱) لا ـ مانع منه(۲) ، وتكون الحصّه المجعوله له فی المضاربه الاُولی مشترکةً(۳) بینه وبین العامل الثانی علی حسب قرارهما، وأمّا الثالث فلا یصحّ(۴) من دون أن یکون له عمل مع العامل الثانی، ومعه یرجع إلی

ص: ۲۱۵

۱- ۱. لکنّه أیضاً یرجع إلی التوکیل فی فسخ المضاربه الاُولی، وإنشاء مضاربهٍ جدیدهٍیکون العامل فیها متعدّداً . (اللنکرانی).

۲- ۲. وجعله شریکاً فی المضاربه بتوکیلٍ وإذنٍ من المالک فسخ للمضاربه الاُولی،وإیجاد مضاربهٍ اُخری مشترکه . (الإصفهانی). * بفسخه المضاربه الاُولی، وإنشاء مضاربهٍ اُخری بالتشریک . (الإصطهباناتی). * بفسخه المضاربه الاُولی عن المالک، وإیجاد مضاربهٍ اُخری مشترکه .(البروجردی). * بفسخ المضاربه السابقه، وإیجاد مضاربهٍ مشترکه من قبل المالک . (مهدیالشیرازی). * إذا کان فسخاً للمضاربه الاُولی، وإیجاداً لمضاربهٍ اُخری بإذن المالک . (عبداللهالشیرازی). * بجعل مضاربهٍ جدیدهٍ مشترکهٍ بعد فسخ الاُولی . (الخمینی). * فیکون ذلک فسخاً للاُولی، وإنشاءً لمضاربهٍ اُخری بنحو التشریک، علی ما مرّ منّافی التشریک . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بأن یکون من متعلّقات المضاربه الاُولی، أو کانت مضاربه اُخری مشترکه .(السبزواری).

۳- ۳. لأوّل الأمر إلی فسخ المضاربه الاُولی الّتی کانت علی نحو الإنفراد، إلی إنشاءالثانیه بالتشریک . (المرعشی).

۴ - ۴. إذ الولایه علی عقد المضاربه بالمال من شوون مالکیّه المالک له، والعامل بمعزلٍعن الصلاحیّه لهذه الولایه، ولیس للمالک سلطنه علی تشریعها له . (النائینی). * إذا لم یعتبر المباشره فی المضاربه الاُولی، بل أذِن المالک للعامل فی أنیوکِّل وکیلًا أو یستأجر أجیراً ونحو ذلک یمکن القول بصحّه هذا القسم أیضاً،حتّی فیما لم یکن له عمل أصلًا، فإنّ إیقاع المضاربه الثانیه بمنزله استئجار الغیر،فإذا کانت الحصّه المعیّنه للعامل فیها بمقدارها فی الاُولی لم یستحقّ العامل الأوّلشیئاً؛ لأنّه قد جعل لغیره تمام ما کان له فی المضاربه الاُولی، وإن کانت أقلّکانت الزیاده له، وإن کانت أکثر استحقّ الثانی علی الأوّل تلک الزیاده، لکنّالشأن فی مشروعیّه المضاربه بین العامل وبین غیره ولو بإذنٍ من المالک، وهذایحتاج إلی مزید التأمّل . (الإصفهانی). * لأنّ أحد طرفَی المضاربه هو المالک، والآخر هو العامل، وهاهنا طرفالعامل غیر المالک، إلّا أن یجعله عاملًا مستقلّاً للمالک بفسخ المضاربه الاُولی،أو شریکاً معه أیضاً مع فسخ الاُولی، وإیجاد مضاربهٍ جدیده، وکلاهماخلاف الفرض . (البجنوردی). * إذا کان إذن المالک فی أخذ الوکیل أو الأجیر یمکن تصحیحه، ولو بلا عملالعامل . (عبدالله الشیرازی). * لأنّه لا معنی لجعل العامل عاملًا لنفسه بالمعنی الملحوظ فی باب المضاربه؛ لأنّالمال لیس له . (الفانی). * یعنی لا تصحّ المضاربه مع غیر المالک، نعم، للعامل أخذ الأجیر والشریک بإذنالمالک . (محمّد رضا الگلپایگانی). * فی إطلاقه تأمّل . (حسن القمّی). * أی بعنوان المضاربه . (اللنکرانی).

التشریک(۱) .

ص: ۲۱۶

---

۱ - ۱. ومع قصده بکونه عاملَ نفسه بنحو التقیید ووحده المطلوب فی الحکم بالشرکهإشکال، بل یشکل أصل هذه المضاربه الثانیه؛ لاحتمال اعتبار ملکیّه الموجب لعقدالمضاربه لنفسه . (آقا ضیاء). * محلّ نظر . (محمّد الشیرازی).

مضاربه العامل غیره من دون إذن المالک

(مسأله ۳۲) : إذا ضـارب العامل غیره مع عـدم الإذن من المالک: فإن أجاز المالک ذلک کان الحکم کما فی الإذن السابق(۱) فی الصور المتقـدّمه، فیلحق کلّاً حکمه، وإن لم یجز بطلت المضـاربه الثـانیه(۲) ، وحینئـذٍ: فإن کان العامل الثانی عمل وحصـل الربح فما قرّر للمالک(۳) فی المضاربه الاُولی(۴) فله، وأمّا ما قرّر للعامل فهل هو أیضاً له(۵) ، أو للعامل الأوّل، أو مشترک بین العاملین؟ وجوه وأقوال، أقواها الأوّل؛ لأنّ المفروض بطلان المضاربه الثانیه، فلا یستحقّ العامل الثانی شیئاً(۶) ، وأنّ العامل الأوّل لم یعمل حتّی یستحقّ،

---

۱ - ۱. سواء کـانت إجازتها قبل صـدور معامله من المضارب الثانی، أم لا . (المرعشـی). * هـذا إذا أجاز المضاربه قبل صـدور المعامله من العامل الثانی، وأمّا المعاملاتالصادره منه قبل الإمضاء ففی الاکتفاء بإمضاء المضاربه لصـحّتها إشکال، نعم، لاإشکال إذا أمضی المالک نفس المعاملات وإن لم یُمضِ المضاربه، لکنّ الربح حینئذٍتمامه للمالک . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲ - ۲. بعـدم الإجازه، ویحتمل بطلان الاُولی أیضاً بإنشاء الثانیه علی وجه . (المرعشـی). * وتنفسـخ الاُولی مطلقاً علی ما اختاره قدس سره فی المسأله السابقه؛ لأنّ إنشاء العاملالمعامله الثانیه فسخ للاُولی . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳ - ۳. لو وقعت المضاربه الثانیه بعین مال المالک أو کلّیّاً فی المعیَّن له، وأمّا لو اشتریبما فی الـذمّه ودفع مال المالک مصـداقاً له من دون إذن صـاحبه فهو خـارج عنالفرض، وقـد أثِم لو فعـل کـذلک، وکان الربـح له نفسه، ولیس للمالک ولا لعامل الأوّلمنه شیء، کما لو أوقع الشراء فی ذمّته کان الربح الحاصل له نفسه، وللثانی اُجرهالمثل فقط . (المرعشی).

۴- ۴. فیه إشکال . (المرعشی).

۵- ۵. أی للمالک . (المرعشی).

۶- ۶. من ربح المعامله . (الفیروزآبادی).

فیکون تمام الربح للمالک(۱) إذا أجاز تلک المعاملات الواقعه علی ماله، ویستحقّ العامل الثانی اُجره عمله، مع جهله(۲) بالبطلان(۳) علی العامل الأوّل؛ لأنّه مغرور من قبله(۴) ، وقیل(۵) : یستحقّ علی المالک(۶) ، ولا وجه له مع فرض(۷) عدم الإذن منه له فی العمل.

هذا إذا ضاربه علی أن یکون(۸) عاملاً للمالک(۹) ، وأمّا إذا ضاربه علی أن یکون عاملاً له وقصد العامل فی عمله العامل الأوّل فیمکن أن یقال: إنّ الربح

۱- ۱. والأخبار الوارده فی أنّ الربح لهما عند تخلّف الشرط، فلا یشمل المقام . (عبداللهالشیرازی).
۲- ۲. قد مرّ الکلام علی التفصیل بین صورتَی العلم والجهل . (اللنکرانی).
۳- ۳. مرّ الکلام فی أمثاله، والتفصیل فی باب الإجاره الفاسده . (الخمینی).
۴- ۴. إذا ادّعی الإذن فیه . (الکوه کَمَری). * لو تظاهر بالإذن من ربّ المال . (المرعشی).
۵- ۵. ولیس ببعیدٍ مع إجازته، لا معاملاته الصادره . (جمال الدین الگلپایگانی).
۶- ۶. لا بُعد فیه لو استوفی نتیجه عمله بإجازه المعاملات الصادره منه . (الروحانی).
۷- ۷. فیه إشکال، بل لا یبعد کونه وجیهاً . (محمّد الشیرازی).
۸- ۸. وتتوقّف صحّته علی کونه مأذوناً من المالک، کما إذا اشترط العامل علی المالکفی ضمن عقد المضاربه العمل إمّا بنفسه أو بأخذ عاملٍ لنفسه فلا إشکال فی کونالربح له، ویکون علیه اُجره عمل العامل علی النحو الّذی قرّره له، ولا وجه لبطلانهاأصلاً، نعم، لو کان مرجعه إلی عقد مضاربهٍ مع العامل : فإن لم یکن وکیلاً من قبلالمالک فالمضاربه الثانیه باطله کما فی الصوره الاُولی، وإن کان وکیلاً من قِبَلِه فلاإشکال فی صحّتها، ولا تخلو العباره من التهافت بین صدرها وذیلها؛ فإنّ مقتضیعدم اعتبار المباشره هو کونه عاملاً من قبله، لا مضارباً معه . (جمال الدین الگلپایگانی).
۹- ۹. ویستوی الحال بین الشراء بعین ماله أو بذمّته . (المرعشی).

للعامل الأوّل، بل هو مختار المحقّق) راجع شرائع الإسلام للمحقّق الحلّى: ۲/۳۸۷ _ ۳۸۸. (فی الشرائع(۱) ؛ وذلك بدعوى أنّ المضاربه الاُولى باقيه(۲) بعد فرض بطلان الثانيه، والمفروض أنّ العامل قصد العمل للعامل الأوّل، فيكون كأنّه هو العامل(۳) فيستحقّ الربح، وعليه اُجره عمل العامل إذا كان جاهلاً(۴) بالبطلان، وبطلان المعامله لا يضرّ بالإذن الحاصل منه للعمل له، لكنّ هذا إنّما يتمّ(۵) إذا لم تكن المباشره معتبرةً فی المضاربه الاُولی، وأمّا مع اعتبارها(۶)

۱- ۱. ظاهر المحقّق عدم التفرقه بين أن يضاربه للمالك أو لنفسه، نعم، دليله لا يتمّ إلّافی الثانی . (البروجردی).

۲- ۲. قد عرفت وجهاً آخرَ فيها . (المرعشی).

۳- ۳. هذا إذا كان عقد المضاربه حتّى على فرض الفساد مستلزماً لنحو وكالةٍ لطرفهعلى التصرّفات، وإلّا _ كما هو التحقيق _ فلا مجال لاحتساب عمله عملاً للعاملالأوّل، فمن أين يستحقّ شيئاً من الربح؟ فلا يكون مثل هذه المضاربه الفاسده مُبيحاًلشیء، نعم، عليه اُجره المثل لعمل الثانی، حتّى مع علمه بالفساد فضلاً عن جهلهبعد كون عمله بداعی الوفاء بعقد المضاربه الفاسده . (آقا ضياء).

۴- ۴. مرّ الكلام فيه . (الخمينی).

۵- ۵. قد مرّ سابقاً أنّ تخلّف الشرط والقيد فی باب المضاربه لا يوجب الحرمان منالربح، وإنّما هو موجب للضمان، فيتمّ القول بكون الربح للعامل ولو مع اعتبارالمباشره . (الشريعتمداری).

۶- ۶. إذا كان اعتبارها بنحو التقييد، وأمّا إذا كان شَرَطَ عليه المباشره فتخلُّفُ الشرط لايوجب بطلان المضاربه الاُولى، فيستحقّ العامل حصّيته، والمفروض أنّ عمل العاملالثانی له . (البجنوردی). * إذا كان على نحو وحده المطلوب، لا الالتزام فی الالتزام . (الفانی). * على سبيل التقييد بنحو وحده المطلوب، وإلّا فللمالك خيار التخلّف . (المرعشی).

فلا يتمّ(١) ، ويتعيّن(٢) كون تمام الربح للمالك(٣) إذا . . . .

١- ١. بل يبعد إتمامه مع اعتبارها أيضاً؛ إذ غايه أمره حينئذٍ تخلّفه عمّا شرط عليه، وقدمرّ أنّه موجب للضمان، لا لحرمانه عن الحصّه مع حصول الربح . (البروجردى). * إذا كان اعتبارها بنحو التقييد، أمّا لو كان بنحو الشرط ولو انحلالاً فالتخلّف عنهاإنّما يوجب ضمان العامل، لا حرمانه عن حصّته، كما تقدّم منه ؛ . (مهدى الشيرازى). * إذا كان الاعتبار بنحو القيديّه، وأمّا إذا كان بنحو الاشتراط فمع تخلّفه أيضاً يمكنالإتمام، وللمالك خيار التخلّف، ويأتى فى المسأله الآتيه ثمر الخيار . (الخمينى). * بناءً على أنّ تخلّف الشرط فى المضاربه يوجب الحرمان من الحصّه، وهومشكل، بل ممنوع، كما تقدّم، نعم، لو كان الاعتبار بنحو التقييد الحقيقىّ لم يتمّحينئذٍ . (السبزوارى).

٢- ٢. بل الربح بينهما على ما شرطاه، نعم، العامل ضامن لتخلّف الشرط، كما عرفتسابقاً . (صدرالدين الصدر). * فيما كان على نحو التقييد، أمّا على نحو الشرط فهو من باب تخلّف الشرط،وذلك لا يوجب البطلان، كما تقدّم . (محمّد الشيرازى). * من دون فرقٍ بين أن تكون المباشره معتبرهً بنحو التقييد، أو مأخوذهً بنحوالاشتراط، أمّا فى الأوّل فواضح، وأمّا فى الثانى فلأنّ مقتضى القاعده فى موردالتخلّف على تقدير الفسخ كون الربح للمالك، والأخبار الّتى اُشير إليها فى المسألهالخامسه الدالّه على الاشتراك فى مورد تخلّف الشرط لا يُعلَم شمولها للمقام . (اللنكرانى).

٣- ٣. وأمّا الأخبار (الوسائل : الباب (١) من أبواب المضاربه، ح ١ ، ٢...) الدالّه على أنّ الربح يشترك فيه (فى أصل النسخه (فى) ، والظاهر أنّ الأصحّ ما أثبتناه، كى يستقيم السياق .) العامل والمالك عند مخالفه الشرط أيضاً فهى غير شاملهٍ للمقام، كما يظهر بالتأمّل . (الخوئى). * والأخبار الوارده فى أنّ الربح لهما عند تخلّف الشرط، فلا يشمل المقام . (عبداللهالشيرازى).

أجاز(۱) المعاملات، وإن لم تجز المضاربه الثانيه.

حکم الشرط فی ضمن المضاربه

(مسأله ۳۳) : إذا شرط أحدهما علی الآخر فی ضمن عقد المضاربه مالاً أو عملًا، کأن اشترط المالک علی العامل أن یخیط له ثوباً، أو یُعطِیه درهماً، أو نحو ذلک، أو بالعکس فالظاهر صحّته(۲) ، وکذا إذا اشترط أحدهما علی الآخر بیعاً أو قرضاً أو قَراضاً أو بضاعهً أو نحو ذلک.

ودعوی أنّ القدر المتیقّن ما إذا لم یکن من المالک إلّا رأس المال، ومن العامل إلّا التجاره مدفوعه: بأنّ ذلک من حیث متعلّق العقد، فلا ینافی اشتراط مالٍ أو عملٍ خارجیٍّ فی ضمنه، ویکفی فی صحّته عموم أدلّه(۳) الشروط.

ص: ۲۲۱

۱- ۱. هذا مبنیّ علی کون الإجازه مؤثّرهً علی الإطلاق، وفی الإطلاق شائبه منالإشکال . (تقی القمّی).
۲- ۲. فیه إشکال، أقربه البطلان، کما مرّ . (البروجردی). * بناءً علی صحّه الشرط فی ضمن العقود الجائزه، غایه الأمر لا یکون لازم الوفاء،وهو هکذا، وإن کان لا یخلو من کلام؛ من جهه أنّ وجوده کعدمه، فیکون لغواً، وأمّاما ذکره فی المتن وفی بعض المسائل السابقه من لزوم الوفاء به مادام العقد موجوداًوإن کان یجوز له الفسخ لا محصّل له . (البجنوردی). * لکن لا یجب الوفاء به؛ لأنّ الالتزام فی ضمن العقود الجائزه یکون کالشرطالابتدائی فی عدم وجوب الوفاء به، فما قوّاه الشیخ قدس سره من أنّ الشرط جائز لکنّه لایلزم الوفاء به هو الأقوی . (الفانی).
۳- ۳. لو کان عنوان المضاربه مُحرَزاً وکان الشکّ فی صحّه الشرط المذکور فی ضمنهافقط، وأمّا لو شکّ فی تحقّقه فهی محکومه بالبطلان، وعموم الوفاء بالعقود ولو سُلِّمَلا یُثبِت صحّه المضاربه بالخصوص، إلّا بتکلّف منظور فیه . (المرعشی).

وعن الشيخ الطوسيّ) المبسوط للشيخ الطوسى: ٣/١٩٧. (فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعةً: بطلان الشرط دون العقد(١) فى أحد قوليه، وبطلانهما فى قوله الآخر، قال: «لأنّ العامل فى القَراض لا يعمل عملاً بغير جعلٍ، ولا قسطٍ من الربح، إذا بطل الشرط بطل القَراض؛ لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً»، ثمّ قال: «وإن قلنا: إنّ القَراض صحيح والشرط جائز لكنّه لا يلزم الوفاء به؛ لأنّ البضاعه لا يلزم القيام بها، كان قويّاً».

وحاصل كلامه فى وجه بطلانهما: أنّ الشرط المفروض منافٍ لمقتضى العقد، فيكون باطلاً، وببطلانه يبطل العقد(٢) ؛ لاستلزامه جهاله حصّه العامل؛ من حيث إنّ للشرط قسطاً من الربح، وببطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار، وفيه منع كونه منافياً(٣) لمقتضى العقد؛ فإنّ مقتضاه ليس أزيد

١- ١. ظاهر المحكيّ عن المبسوط صحّه العقد والشرط مع عدم لزوم العمل عليه فيأحد قوليه، وبطلانهما فى قوله الآخر، ولم أعثر على ما نسب إليه الماتن قدس سره ، تبعاًللمسالك (مسالك الأفهام : ٤/٣٩٢ _ ٣٩٥.) ومحتمل كلامَى الشرائع والتذكره (شرائع الإسلام : ٢/٣٨٩ _ ٣٩٠ ، تذكره الفقهاء : (ط . ق): ٢/٢٤٦.). (محمّد رضا الگلپايگانى).
٢- ٢. على وجهٍ غير وجيه . (المرعشى).
٣- ٣. كون الشرط منافياً لمقتضى العقد لا يوجب بطلانه، مثلاً لو شرط البائع عليالمشترى عدم صيرورته مالكاً للمبيع لا يكون موجباً لبطلان البيع، وبطلان الشرطلا يقتضى فساد العقد . (تقى القمّى).

من أن يكون عمله فی مال القَراض بجزءٍ من الربح، والعمل الخارجیّ ليس عملاً فی مال القراض.

هذا، مع أنّ ما ذكره من لزوم جهاله حصّه العامل بعد بطلان الشرط ممنوع؛ إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض فی شیءٍ من الموارد، وإنّما يوجب زياده العِوض، فلا ينقص من بطلانه شیء من الحصّه حتّی تصير مجهوله(١) .

وأمّا ما ذكره فی قوله: «وإن قلنا... إلی آخره، فلعلّ غرضه أنّه إذا لم يكن الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه(٢) ، فكأنّه لم يشترط، فلا يلزم الجهاله فی الحصّه.

وفيه(٣) :. . . . .

ص: ٢٢٣

١- ١. بل الجهاله الناشئه من التوزيع لا تضرّ بصحّه العقد، كبيع ما يملك وما لا يملك .(الشريعتمداری). * مع انّها لو كانت مجهولةً فالجهاله عارضه علی العقد، لا أن تكون ثابتةً حينحدوثه، والمانع هو الثانی دون الأوّل . (السبزواری).

٢- ٢. أی لم يلحظ فی مقابله شیء، فما أورد عليه المتن (كذا فی أصل النسخه، والظاهر أنّ الأفضل (فی المتن) ، أو (الماتن).) خلاف الفرض، ولعلّ مقصودالشيخ قدس سره صحّه الشرط؛ لعدم كونه خلاف مقتضی العقد، كما اختاره قدس سره فی المتن،فيكفی العلم بمجموع المتقابلَين فی العقد الصحيح، ولا يضرّ الجهل بما قابل كلّاً منالأبعاض ولو انجرّ إلی فسخ البعض . (محمّد رضا الگلپايگانی).

٣- ٣. بعد أن كان مرجع هذا الوجه الأخير إلی المنع عن كون الشرط فی ضمن العقودالجائزه بمنزله الضميمه لأحد العِوضَين، وكان وجوده كعدمه، وكأنّه لم يشترط، فلايقع من العوض الآخر شیء بإزائه علی كلٍّ من تقديرَی صحّته أو فساده، وإذا كان كذلك فمن أين يفرض إيجاب فساده جهاله العوض؟ وهل هو إلّا من فرض إيجابالشیء لِما يلازم نقيضه . (جمال الدين الگلپايگانی).

أنّه على فرض(۱) إيجابه للجهاله(۲) لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعـدمه؛ حيث إنّه على التقـديرين زِيـد بعض العوض لأجله. هذا، وقد يُقرَّر في وجه بطلان الشـرط المذكور أنّ هذا الشـرط لا أثر له اصـلًا؛ لأنّه ليس بلازم الوفاء؛ حيث إنّه في العقد الجائز، ولا يلزم من تخلّفه أثر التسلّط على الفسخ؛ حيث إنّه يجوز فسخه ولو مع عدم التخلّف.

وفيه أوّلاً: مـا عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشـرط في ضـمن العقود(۳) الجـائزه ما دامت باقيةً ولـم تُفسـخ(۴) ، وإن كـان له أن يفسخ حتّى يسقط

ص: ۲۲۴

۱- ۱. بعد أن كان مرجع هذا الوجه الأخير إلى المنع عن كون الشـرط في ضـمن العقودالجائزه بمنزله الضـميمه لأحد العِوضَين، وكـان وجوده كعـدمه، وكـأنّه لم يشترط، فلاـيقع من العوض الآـخر شـيء بـإزائه على كـلٍّ من تقـديرَي صـحّته أو فسـاده، وإذا كانكذلك فمن أين يفرض إيجاب فساده جهاله العوض؟ وهل هو إلّا من فرض إيجابالشيء لِما يلازم نقيضه . (النائيني).

۲- ۲. الظاهر أنّ الشـيخ لا يُسلِّم إيجاب الجهاله في الاحتمال المتقدّم، بل محصّل كلامهمن أوّله إلى آخره أنّه قال بفساد الشرط على أيّ حـال، ثمّ تكلّم في فسـاد المشـروطوهو عقـد القراض، فحكم أوّلاًـ بفساده؛ معلّلًا بأنّه مع فسادالشـرط يقع جهالةً فيقسـط العامل، وثانياً احتمل قويّاً صـحّته؛ معلّلًا بأنّ فساد الشرط ليس معناه إلّا إلغاءالشرط وعدم لزوم الوفاء به، ولا تتفاوت حصّه العامل بإلغائه، فالقَراض صـحيح،والشـرط ــ وهو البضاعه ــ جائز غير لازم الوفاء، فهو في الحقيقه بيان لمـدرك القولبعدم سـريان فساد الشرط إلى فساد المشروط في المقام . (الإصفهاني).

۳- ۳. فيه تأمّل . (الفيروزآبادي).

۴- ۴. الشرط في ضمن العقد نافذ حتّى بعد انفساخه، بل نافذ حتّى لو كان العقد فاسداً .(تقي القمّي).

وجوب العمل به.

وثانياً: لا نُسلِّم أنّ تخلّفه لا يوثّر فی التسلّط علی الفسخ؛ إذ الفسخ الّذی یأتی من قبل(۱) کون العقد جائزاً إنّما یکون بالنسبه إلی الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتی(۲) من تخلّف الشرط(۳) فإنّه یوجب فسخ المعامله من الأصل(۴) ، فإذا فرضنا أنّ الفسخ بعد حصول الربح: فإن کان من القسم الأوّل اقتضی حصوله من حینه، فالعامل یستحقّ ذلک الربح بمقدار حصّته. وإن کان من القسم الثانی یکون تمام الربح للمالک، ویستحقّ العامل اُجره المثل لعمله،

ص: ۲۲۵

۱- ۱. هذا إنّما یتمّ لو کان المراد من فسخ العقود الجائزه خصوص ارتجاع العین مع بقاءالعقد بحاله، وأمّا لو کان الجواز بمعنی السلطنه علی فسخها أیضاً فلا یبقی مجالالهذا الفرق أصلًا . (آقا ضیاء).

۲- ۲. الظاهر عدم الفرق بین الصورتَین فی کون الانفساخ من حین الفسخ . (أحمدالخونساری). * الظاهر عدم الفرق إن کان الفسخ بالمعنی المصطلح ، وأمّا إن کان بمعنی ارتجاعالعین یصحّ الفرق . (السبزواری).

۳- ۳. لا فرق بین الفسخ فی الموردَین فی کونه من حینه، أو من أصله . (الشریعتمداری). * ولعلّ وجه الفرق : أنّ تخلّف الشرط یرجع إلی عدم تحقّق المقصود الّذی وقعالعقد علیه، فالفسخ الآتی من قبله یوجب انحلاله من رأس، وأمّا الفسخ الآتی منناحیه جواز العقد فهو یؤثّر من زمان وقوعه؛ لعدم رجوعه إلی خللٍ فی العقد؛ منجهه عدم تحقّق المقصود . (اللنکرانی).

۴- ۴. هذا بالنسبه إلی استرجاع العین أو بدلها عند تلفها، أو خروجها عن ملکه، لابالنسبه إلی منافعها؛ فإنّه بالنسبه إلیها من حین الفسخ . (البجنوردی). * والفرق بینهما هو : أنّ الجواز الآتی من قبل تخلّف الشرط جواز وضعیّ، والجوازفی العقد الجائز جواز حکمیّ . (الخوئی). * الظاهر أنّه لا فرق بینهما، ویکون الفسخ من الحین فی کلا الموردَین . (تقی القمّی).

وهی قد تکون أزید من الربح(۱) ، وقد تکون أقلّ، فیتفاوت الحال بالفسخ

وعدمه إذا کان لأجل تخلّف الشرط.

ملکیّه العامل للربح بمجرّد ظهوره وأقوال فی المسأله

(مسأله ۳۴) : یملک العامل حصّته من الربح(۲) بمجرّد ظهوره(۳) من غیر

ص: ۲۲۶

۱- ۱. إذا کان تخلّف الشـرط من قبل العامل فهو و إن کان یسـتحقّ اُجره المثل إلّا أنّهلابـدّ أن لا یکون أزیـد من الربح، وإلّا فلا یستحقّ الزائد . (الخوئی).

۲- ۲. إن قلنـا : إنّ الربـح اسم للفائـده بوجودها الخارجی، کما فی کتب اللغه (انظر لسان العرب : ۵/۱۰۳ ، ومجمع البحرین :۲ ۳۵۱ ، (مـاده ربـح).) فلاـ تحقّقله قبل الإنضاض . وإن قلنا بأنّه یطلق علی ارتفاع القیمه أیضاً، کما هو دارج فیالاسـتعمالات فهو لیس قابلاًـ للملوکیّه منحـازاً عن العین الخـارجیّه، نعم، عین المـالمحقوق بحقّ الاستربـاح للعامـل، وهـذا الحقّ ممّـا یورَث کسائر الحقوق، وباعتبارقابلیّته للخروج عن القوّه إلی الفعل بتبدیل العین بالنقود (الإنضاض) یجوز مطالبهالعامل من المالک بالقسـمه، وکذا یکون قابلًا للصلح، ویکون بهذا الاعتبار قابلًالتعلّق حقّ الغرماء به، ووجوب صرفه فی الدین مع المطالبه . وبالجمله : یترتّب علیهمـا یـترتّب علی الحقوق المـالیّه، وأمّـا الخمس فحیث إنّه حقّ مـالیّ مترتّب علیالفائـده بوجودهـا الخـارجی فلاـ یتعلّق به قبل الإنضـاض، وخروج النـاضّ عن الوقایهلرأس المال . وأمّا الزکاه فلا تتعلّق بمال التجاره علی ما هو المختار . وأمّا الاسـتطاعهللحجّ فهی مترتّبه علی الفائـده بوجودها الخارجیّ أیضاً؛ لعـدم صـدقها علی ارتفاعالقیمه بما هو أمر اعتباریّ قابل للبلوغ إلی حـدّ المال الخارجیّ الموضوع؛ لصـدقعنوان الاسـتطاعه، وتوهّم أنّه یسـتفاد من الصـحیح الوارد فی عتق أب العاملالمشتری بمال المضاربه : أنّ ارتفاع القیمه مملوک، ففیه : أنّ بناء الشارع فی موردالعتق علی الإرفاق؛ ولذا یتوصّل إلیه بأسباب عدیده . (الفانی).

۳- ۳. لا یخلو من إشکال، والأحوط عدم التصرّف فی الحصّه قبل تمام المضاربهوالقسمه إلّا برضا المالک . (الحائری).

توقّف على الإنضاض) الإنضاض: هو جعل الجنس نقداً، أو تبديل العين بالنقود، أو بيع البضاعه بالنقد، أو هو النقد بعد ماكان متاعاً. انظر: مجمع البحرين: ۴/۲۳۱، تاج العروس: ۱۰/۱۶۱، (ماده نضض). (أوالقسمه، لا نقلاً ولا كشفاً على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه؛ لأنّه مقتضى(۱) اشتراط كون الربح بينهما(۲) ، ولأنّه مملوك، وليس للمالك، فيكون للعامل، وللصحيح: «رجل دفع إلى رجلٍ ألف درهم مضاربةً، فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يُقَوَّم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى فى مال الرجل»(الوسائل: الباب (۸) من أبواب المضاربه، ح۱.)؛ إذ لو لم يكن مالكاً لحصّته لم ينعتق أبوه.

نعم، عن الفخر(راجع إيضاح الفوائد: ۲/۳۰۶.)، عن والده: أنّ فى المسأله أربعه أقوال، ولكن لم يذكرالقائل، ولعلّها من العامّه :

أحدها: ما ذكرنا.

الثانى: أنّه يملك بالإنضاض؛ لأنّه قبله ليس موجوداً خارجيّاً، بل هو مقدّر موهوم.

الثالث: أنّه يملك بالقسمه؛ لأنّه لو ملك قبله لاختصّ بربحه، ولم يكن

۱- ۱. فى هذا التعليل وما يليه إشكال . (المرعشى).

۲- ۲. ولكن لا يصدق الربح الفعليّ فى ذلك الباب إلّا بعد الإنضاض والبيع؛ فإنّه تابعلكيفيّه الاشتراط، ولا يبعد أن يُدّعى كون المتعارف ذلك، والعجب من قولالماتن ؛ : « ولأنّه مملوك » ؛ إذ الربح قبل الإنضاض ليس أمراً موجوداً فى الخارجحتّى يكون مملوكاً، بل ولا يعتبر العقلاء للربح وجوداً فى مقابل العين مملوكاًبملكيّه ما وراء ملكيّه العين، فلا يقاس بالدين المملوك، فما نقله عن صاحبالجواهر قريب، ليس بذلك البعيد . (الشريعتمدارى).

وقايةً لرأس المال.

الرابع: أنّ القسمه كاشفه عن الملك سابقاً؛ لأنّها توجب استقراره، والأقوى ما ذكرنا لِما ذكرنا.

ودعوى: أنّه ليس موجوداً كما ترى، وكون القيمه أمراً وهميّاً ممنوع.

مع أنّا نقول(۱) : إنّه يصير شريكاً فى العين(۲) الموجوده بالنسبه؛ ولذا يصحّ له مطالبه القسمه، مع أنّ المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجيّاً، فإنّ الدَين مملوك، مع(۳) أنّه ليس فى الخارج.

ومن الغريب إصرار صاحب الجواهر(جواهر الكلام: ۲۶/۳۷۵ _ ۳۷۶.) على الإشكال فى ملكيّته بدعوى أنّه حقيقه ما زاد على عين الأصل، وقيمه الشيء أمر وهميّ لا وجود له(۴) لا ذمّةً ولا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح، نعم، لا بأس أن يقال: إنّه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أنّ له الإنضاض فيملك.

۱- ۱. فيه إشكال . (المرعشى).

۲- ۲. هذا هو المتعيّن لو صحّ له مطالبته القسمه، كما هو المسلّم عندهم على الظاهر .(الإصفهانى). * وهو لازم تسالمهم ۴ على صحّه مطالبه القسمه . (السبزوارى).

۳- ۳. هذا النقص ليس بوارد؛ لأنّ الدَين وإن لم يكن موجوداً فى الخارج لكنّه موجودفى الذمّه، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنّ ازدياد القيمه على ما اشتراه الّذى هو المرادبالربح لا ـ وجود له، لا ـ فى الخارج، ولا فى الذمّه، نعم، لو قلنا : بأنّه يصير شريكاً فيالعين بالنسبه لا ـ يتوجّه عليه إشكال، وهو صحيح؛ لِمَا ذكره من أنّ له مطالبةَ القسمه،ولو لم يكن شريكاً لَما كان له هذا الحقّ . (البجنوردى).

۴- ۴. ومن ثمّ لم يجب الخمس فى ارتفاعها . (المرعشى).

وأغرب منه أنّه قال: «بل لعلّ الوجه فی خبر عتق الأب(۱) ذلک أیضاً؛ بناءً علی الاکتفاء بمثل ذلک فی العتق المبنیّ علی السرایه»؛ إذ لا یخفی ما فیه، مع أنّ لازم ما ذکره کون العین بتمامها ملکاً للمالک حتّی مقدار الربح، مع أنّه ادّعی الاتّفاق علی عدم کون مقدار حصّه العامل من الربح للمالک، فلا ینبغی التأمّل فی أنّ الأقوی ما هو المشهور(۲) . نعم، إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملکیّه العامل، لا أن یکون کاشفاً(۳)

۱- ۱. هذا فی غایه الضعف؛ إذ غایه ما یمکن أن یقال هو : أنّ ملکه لِانْ یملک أباهموجب لعتق أبیه، ولیس هنا کذلک؛ فإنّه مِلک أن یملک قیمه أبیه، لا نفسه (کذا فی نسخه الأصل، والعباره مبهمه .).(البروجردی).

۲- ۲. إن کان مراد المشهور من ملکیّه العامل حصّیته من الربح بمجرّد ظهوره صیرورتهشریکاً فی العین الموجوده بالنسبه، کما أیّده الماتن قدس سره بصحّه مطالبه القسمه، وإنکان فی التأیید نظر، فهو وإن کان أمراً متصوّراً معقولاً إلّا أنّه لا دلیل علی تحقّقالشرکه فی نفس العین فی باب المضاربه . وإن کان مرادهم حصول الملکیّه للعاملبمجرّد ظهور الربح لا بمعنی الشرکه فی العین، بل بمعنی الشرکه فی الربح فیَرِدعلیهم ما أورده صاحب الجواهر قدس سره (راجع جواهر الکلام : ۲۶/۳۷۵ _ ۳۷۶.) ، والنقض علیه بمثل الدَین المملوک واضحالفساد، والآثار الّتی یرتّبها الماتن علی مختاره إنّما تترتّب علی فرض الشرکه فیالعین الموجوده، وإن کان ترتّب بعضها کالإرث لا یختصّ بهذا المبنی؛ لعدماختصاص الموروث بالمال . (اللنکرانی).

۳- ۳. هذا لیس بذاک البعید؛ لأنّ ما اشترط فی العقد کونه بینهما هو ربح تجارته بالمال،لا ربحهً کالواحده من معاملاته، والربح المتعقّب بالخسران لا یوجب کون التجاره رابحهً حتّی یشمله، إلّا أن یکون معاملهً واحدهً ومعاملتَین ذات ربح کثیرٍلا یحتمل بعده الخساره عادهً، أو حصول الاطمئنان بعدم الخساره بعدالمعاملات الجزئیّه . (عبدالله الشیرازی). * وله وجه أیضاً . (السبزواری).

عن عـدم ملكيّته من الأوّل(۱) ، وعلى مـا ذكرنـا يترتّب عليه جميع آثار(۲) الملكيّه(۳) : من جواز المطـالبه بالقسـمه وإن كانت موقوفةً على رضا المالک، ومن صحّه تصرّفاته فيه من البيع

۱- ۱. هذا ليس بذاک البعيد؛ لأنّ ما اشترط فی العقد كونه بينهما هو ربحتجارته بالمال، لا ربح كلّ واحدٍ من معاملاته، والربح المتعقّب بالخسـرانلا يوجب كون التجـاره رابحةً حتّى يشـمله الشـرط، ودلالـه النصّ عليهأيضـاً لاـ تخلو من مناقشه، وعلى تقـدير حصول الملكيّه فالظاهرعدم ترتّب آثار الملک عليه؛ لتعلّق حقّ ربّ المال به؛ لكونه وقايهًلرأس ماله . (البروجردی).

۲- ۲. الربـح فی المضـاربه وقـايه لرأس المـال؛ وعليه من البعيـد اسـتقرار الملكيّه قبـل انتهاءعمـل المضـاربه، فالأقرب أنّ العامل يملک حصّـته بمجرّد ظهور الربـح ملكاً متزلزلاً؛لاحتمال طروء الخساره، ولزوم جبرانها من الربـح . (صدرالـدين الصدر). * فی التعميم إشكال . (المرعشی).

۳- ۳. لكنّه محجور عليه؛ لتعلّق حقّ المالک به؛ لكونه وقايةً لرأس ماله؛ ولـذا يشـكلمثل البيع والصـلح، إلّا بعـد الفسـخ، أو إنهاء العمل واستقرار حقّ العامل . نعم، لا يبعدوجوب الفسخ للحجّ والدَين مع المطالبه؛ لأنّه مال يقدر على رفع الحجر عنه، وأمّاالإرث فالظـاهر ثبـوته من غير خلاـف . (مهـدی الشـيرازی). * لكنّه محجـور عليه، فـإذا أرادترتيب الأـثر فسـخ المضـاربه، أو اسـتجاز المالک،وإذا لزم عليه أداء دينٍ مطالبٍ أو حجٍّ أو ما أشبه ولم يُجزِ المالک وجبعليه الفسخ . (محمّد الشيرازی).

والصلح(۱) ونحوهما، ومن الإرث(۲) ، وتعلّق الخمس(۳) والزكاه، وحصول الاستطاعه(۴) للحجّ، وتعلّق حقّ الغرماء به، ووجوب صرفه فى الدين مع المطالبه إلى غير ذلك.

ص: ۲۳۱

۱- ۱. فى صحّه هذه التصرّفات وتعلّق الخمس والزكاه وحصول الاستطاعه وسائر ماذكره قدس سره مع فرض تزلزل ملكه إشكال . (عبدالهادى الشيرازى).

۲- ۲. الإرث ثابت على جميع الأقوال، وإن كان الموروث على القول بتوقّف الملكعلى القسمه ونحوها حقّ العامل فى المال، لا نفسه . (البروجردى). * الظاهر ترتّب الإرث على تمام الأقوال، سواء كان الموروث ملكاً أم حقّاً كما قبلالقسمه . (المرعشى). * الظاهر أنّ تلك الثمره تترتّب على جميع الأقوال، غايه الأمر أنّ الموروث ملكعلى تقدير، وحقّ على تقديرٍ آخر . (محمّد رضا الگلپايگانى). * أمّا الإرث فثابت على جميع الأقوال، وأمّا البقيّه فمتوقّف على تحقّق التمكّن منالتصرّف فعلاً، وصدق ذلك عرفاً . (السبزوارى). * الإرث ثابت على الأقوال الاُخر أيضاً، غايته على القول بعدم الملكيّه يكونالموروث حقّ العامل فى المال، لا نفسه . (الروحانى).

۳- ۳. فيه إشكال، إلّا على القول بتعلّقه بالملك الغير مستقرّ، كما هو مختاره . (المرعشى). * قد مرّ منه قدس سره عدم وجوب الخمس فى الملك الغير مستقرّ . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. حصولها به قبل اختتام المضاربه محلّ إشكال؛ لعدم جواز الاستبداد بالتصرّفقبله . (البروجردى). * حصولها به قبل اختتام المضاربه محلّ إشكال؛ لعدم جواز الاستبدادبالتصرّف قبله، إلّا فى الصور الّتى لا تنافى وقايه رأس المال، وكان المالكراضياً بالأخذ والفسخ، وكذلك الحال فى بعض الصور، مثل أداء الحجّ والزكاهوأداء الدَين . (عبدالله الشيرازى).. * فيه إشكال . (المرعشى).

اعتبار الربح وقايه لرأس المال

(مسأله ۳۵) : الربح وقايه لرأس المال(۱) ، فملكيّه العامل له بالظهور متزلزله، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يُجبَر به إلى أن تستقرّ ملكيّته، والاستقرار يحصل(۲) بعد الإنضاض والفسخ(۳) والقسمه(۴) ، فبعدها

ص: ۲۳۲

۱- ۱. الجمع بين الوقايه والملك مشكل، ولا يُترك الاحتياط بالتراضى قبل تمامالمضاربه والقسمه . (الحائرى).

۲- ۲. الأقوى حصوله بمجرّد فسخ العقد من المالك أو العامل، أو انفساخها قهراً عليهما،أو انتهاء العمل المقرّر بينهما، نَضّ المال أو لا، حصلت القسمه أو لا، ولو قلنابوجوب الإنضاض حسن؛ إذ لا مدخليّه له فى ذلك، ولو سُلِّمَ كان لجهةٍ اُخرى، كماأنّ القول بأنّ الخساره والربح قبل القسمه يشترك بينهما هو شأن كلّ مالكٍ مشترك،ولا ربط له بالمضاربه . (صدرالدين الصدر).

۳- ۳. محصّل ذلك هو : أنّه لو اجتمعت الاُمور الثلاثه المذكوره ينتهى عمل المضاربهبذلك، ويخرج الربح عن كونه وقايةً لرأس المال، وتستقرّ مالكيّه العامل لحصّته،ولو حصل الفسخ والإنضاض ولم تحصل القسمه ففى الاستقرار وعدمه وجهان،مبتيّان على كون القسمه خارجةً عن عمل المضاربه، جاريةً مجرى تميّزسائر المشتركات، أو كونها من متمّماته، ولو حصل الفسخ والقسمه بلا إنضاضٍ ففيه أيضاً وجهان، مبتيّان على انتهاء عمل المضاربه برضا المالك بقسمه العروض،أو عدم انتهائه ووجوب الإنضاض على العامل، والأقوى هو الأوّل، ولا يخرج الربحبما عدا ذلك من كونه وقايةً لرأس المال حتّى بالقسمه ناضّاً إلّا مع الفسخ،لا مع عدمه على الأقوى . (جمال الدين الگلپايگانى). * بمجموع الاُمور الثلاثه . (المرعشى).

۴- ۴. محصّل ذلك هو : أنّه لو اجتمعت الاُمور الثلاثه المذكوره ينتهى عمل المضاربهبذلك، ويخرج الربح عن كونه وقايةً لرأس المال، وتستقرّ مالكيّه العامل لحصّته، ولوحصل الفسخ والإنضاض ولم تحصل القسمه ففى الاستقرار وعدمه وجهان، مبتيّانعلى كون القسمه خارجةً عن عمل المضاربه، جاريةً مجرى تميّز سائر المشتركات،أو كونها من متمّماته، ولو حصل الفسخ والقسمه بلا إنضاضٍ ففيه أيضاًوجهان، مبتيّان على انتهاء عمل المضاربه برضا المالك بقسمه العروض، أو عدمانتهائه ووجوب الإنضاض على العامل، والأقوى هو الأوّل، ولا يخرج الربحبما عدا ذلك من كونه وقايةً لرأس المال حتّى بالقسمه ناضّاً إلّا مع الفسخ،لا مع عدمه على الأقوى . (النائينى). * الظاهر أنّ الميزان هو الفسخ فقط، لكن لا يُترك الاحتياط بمراعاه ما فى المتن .(تقى القمّى).

إذا تلف شـیء لا یُحسب من الربح، بل تلف کلٌ علی صاحبه، ولا یکفی فی الاستقرار قسمه الربح(۱) فقط(۲) مع عدم الفسخ، بل ولا قسمه(۳)

۱- ۱. الأظهر کون إفراز حصّه العامل من الربح عن رِضاً منه ومن ربّ المالفی حکم قسمه المال بتمامه، وهو فسخ فعلیّ، فالتلف بعـدها تلف بعـدزوال الوقـایه . (المرعشـی). * الظـاهر أنّ قسـمه الربـح بـإفراز حصّه العامـل بتراضٍ منهمـا قسـمه لجمیع المال، کمایأتی منه قدس سره فی القسمه . (محمّد رضا الگلپایگانی).
۲- ۲. قسـمه الربح علی ضربین : الاُولی : قسمه إخراجٍ للربح عن مال المضاربه، بمعنیرضا المالک بخروج هذا المقدار من المال ع_ن رأس مـال المضـاربه بلحاظ أنّه ربـح،وهـذا فی معنی الفسـخ بالنسـبه، بل هو فسـخ بالإضافه إلی هـذا المقـدار من المال، ولاإجمـاع علی کون الربـح بعـد تقسـیمه علی النحو المـذکور وقـایهً لرأس المـال؛لاختلاف العلماء فی ذلک، ولا دلیل علیه غیر الإجمـاع أیضـاً، والعرف یساعـدنا فیما ذکرنا . والثانیه : قسـمه اسـتدانهٍ للربـح وجعله فی خزانه ذمّه المالک والعامل؛ وقایهًلرأس المال، وهـذا النحو من القسـمه لا یُخرِج الربح عن کونه وقایهً لرأس المالبلحاظ اشتراطهما کونه مخرجاً للخسـران بالنسـبه إلی ما یأتی من الزمان . (الفانی).
۳- ۳. إلّا إذا کانت فیها دلاله عرفیّه علی الفسخ، فإنّها حینئذٍ فسخ فعلیّ . (اللنکرانی).

الکلّ(١) کذلک(٢) ، ولا بالفسخ(٣) مع(۴) عدم(۵) القسمه(۶) ، فلو حصل خسران

١- ١. إن فرض انفکاکه عن الفسخ، کما لو اقتسما باحتمال حبسٍ أو موتٍ مثلاً . (مهدیالشیرازی). * الظاهر أنّ قسمه الکلّ برضا المالک یلازم الفسخ، ولا ینفکّ عنه، بل هو فسخفعلیّ . (البجنوردی). * الظاهر أنّها فسخ فعلیّ، ویترتّب علیه أحکامه . (عبدالله الشیرازی). * قسمه الکلّ کاشفه عن الفسخ، بحیث لو کان إذن بعدها بالاتّجار مع الشرکه فیالربح یکون إذناً جدیداً فی المضاربه . (الفانی).

٢- ٢. الظاهر أنّ قسمه الکلّ لا تنفکّ عن الفسخ . (البروجردی). * الظاهر أنّها فسخ فعلیّ، فلا یکون التلف بعدها محسوباً من الربح . (الخوئی). * إلّا إذا صدق انتهاء المضاربه به عرفاً . (السبزواری). * لو فرض انفکاکه من الفسخ، کما إذا کان ردّ المال إلی المالک مع نصیبه من الربحلاحتمال عروض عارضٍ أو لداعٍ آخر من الدواعی . (حسن القمّی). * الظاهر عدم انفکاک قسمه ال_کلّ ع_ن الفسخ . (الروحانی).

٣- ٣. لا یبعد الاستقرار بالفسخ فقط، أو بتمام أمدِ المضاربه لو کان لها أمد، والظاهرحصول الفسخ بقسمه الکلّ . (الخمینی). * إن لم یکن المتعارف علی انتهاء المضاربه به، ویمکن اختلافه باختلاف الموارد .(السبزواری). * فیه نظر، خصوصاً مع الإنضاض، بل معه فیه منع . (حسن القمّی). * الظاهر حصول الاستقرار بالفسخ فقط، کما هو مقتضی القواعد . (اللنکرانی).

۴- ۴. فیه تأمّل، خصوصاً مع الإنضاض . (الإصفهانی).

۵- ۵. فیه تأمّل بالنسبه إلی غیر ما یکون من تتمّه المعاملات السابقه وتوابعها . (مهدیالشیرازی).

۶- ۶. لا شکّ فی أنّه لو اجتمعت الثلاثه _ أی الفسخ والقسمه والإنضاض _ یحصلالاستقرار فی ملکیّه العامل لحصّهٍ من الربح، وأمّا لو حصل الفسخ مع القسمه بدونالإنضاض، أو حصل مع الإنضاض بدون القسمه فالظاهر أیضاً حصول الاستقرار، وأمّا لوحصل القسمه مع الإنضاض بدون الفسخ ولابدّ وأن یکون فی غیر قسمه الکلّ لَما ذکرنامن أنّها تلازم الفسخ، فحصول الاستقرار مشکل وإن کان له وجه أیضاً . (البجنوردی). * من جهه عدم الإفراز من حصّه المالک، لا من جهه المضاربه . (عبدالله الشیرازی). * بشرط أن لا یکون المال ناضّاً؛ إذ الفسخ مستلزم لخروج ما یقابل سهم العاملمن الربح الناض (الزیاده الخارجیّه) عن الوقایه لرأس المال؛ لصیرورته ملکاً فعلیّاًللعامل، وعدم وجود ما یقتضی الوقایه؛ لعدم موضوعٍ لها وهو المضاربه، فالخسرانإنّما یقع علیهما بالنسبه کسائر الأموال المشترکه، نعم، لو لم یکن المال ناضّاًوحصل خسران لانخفاض المالیّه، أو تلف بعض المال لم یکن للعامل شیء بنسبهالخسران المذکور، لعدم خروج ما بالقوّه إلی الفعل، بمعنی ذهاب الحقّ بذهابموضوعه، فدقّق النظر . (الفانی). * حیث إنّ الظاهر أنّ القسمه خارجه عن عمل المضاربه، وتکون کسائر ما یمیّز بهالمشترکات، وعدم وجوب الإنضاض، فالظاهر استقرار الملکیّه بالفسخ فقط،وبه یخرج الربح عن کونه وقایهً لرأس المال، وأولی منه ما لو انضمّ إلیهالإنضاض أو القسمه . (الروحانی).

أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركاً، والتلف والخسران عليهما، ويُتمّم رأس المال(۱) بالربح، نعم، لو حصل الفسخ ولم يحصل الإنضاض ولو بالنسبه إلى البعض وحصلت القسمه فهل تستقرّ الملكيّه(۲) ، أم لا؟ إن قلنا بوجوب(۳)

۱- ۱. قد عرفت ما فيه . (المرعشی).

۲- ۲. الظاهر الاستقرار بالفسخ والقسمه مطلقاً . (مهدی الشيرازی).

۳- ۳. الظاهرالاستقراربعدالقسمه،والفسخ عرفاً،من دون توقّفٍ على شیءٍآخر .(المرعشی). * وجوب الإنضاض على تقديره لا ينافی الاستقرار . (اللنكرانی).

الإنضاض(۱) . . . .

ص: ۲۳۶

۱ – ۱. لا يخفى أنّ القول بوجوب الإنضاض مع توقّفه على صحّه معاوضته بالنقدين لايجامع تأثير الفسخ فى عقد المضاربه، إلّا على احتمالٍ بعيدٍ من كونه سلطاناً عليالمال من قبل الشارع المالك للملوك، وإلّا فلا يبقى سلطنةً من قبل المالك بعدفسخه؛ وحينئذٍ فلابدّ من جعله عند هذا القائل من شرائط تأثير الفسخ؛ وحيث إنّهلا إطلاق فى البين، فمقتضى الأصل دخله فيه وإن لم نقل بوجوبه؛ للجزم بعدم دخلوجوبه فى موثّريّه الفسخ، وإنّما الاحتمال فى تأثير الفسخ مع عدم الإنضاض،وحينئذٍ فربّما يشكل ما أفاده من التفصيل بين وجوب الإنضاض علاوةً عن الفسخوالقسمه، وحينئذٍ يبقى الكلام فى دخل القسمه علاوةً عن الفسخ الموثّر فى استقرارملك الربح، وفيه وجهان، مبتيّان على صدق عنوان مالٍ للمضاربه على الموجودقبل القسمه بعد الفسخ، أم لا، والظاهر أنّ مثل هذا العنوان كسائر العناوين المضافهإلى عنوانٍ آخر يكون بقاوه تابعَ بقاء العنوان، ومع عدم بقاءالعنوان للمضاف إليهبالفسخ _ حسب الفرض _ لا يصدق العنوان المضاف المزبور، فلا وجه حينئذٍ لبقاءالوفاء به . اللهمّ إلّا (كلمه (إلّا) أضفناها لكى يستقيم السياق .) أن يقال : إنّ مجرّد الشكّ فى بقائه يكفى فى استصحابه، ولكنمع ذلك أمكن دعوى أنّ عموم السلطنه على الملك يقتضى عدم الاحتساب، إلّا ماخرج، وهو قبل الفسخ، بل وقبل إنشائه، فيكشف مثل هذا العموم عن التأثير حتّيمع عدم الإنضاض، ولازمه كون الفسخ بنفسه موثّراً فى استقلال الملك، بل وإن قلنابكفايه الإنضاض فيه _ كما عن الشهيد (مسالك الأفهام : ۴/۳۸۴.) _ أو كفايه القسمه فقط لقلنا بحصولالاستقلال بأحدهما، لا بمجموعهما، اللهمّ إلّا (كلمه (إلّا) أضفناها لاقتضاء السياق .) أن يدّعى الإجماع على خلافه،فيخرج العامّ المزبور حينئذٍ عن الحجّيه، فيشكّ فى دخل أىّ واحدٍ فيرجع إلى الأصل المقتضى لدخل المجموع فيه، والمسأله بَعدُ فى محلّ النظر ومجاله، واللهالعالم بحقيقه الحال . (آقا ضياء). * وجوب الإنضاض عليه بعد القسمه كأنّه لا قائل به، نعم، قال به جماعه (جامع المقاصد : ۸/۱۲۵ _ ۱۳۹ ، جواهر الكلام : ۲۶/۳۷۶ _ ۳۷۸.) بعدالفسخ وقبل القسمه، وعلى فرض القول به بعدها أيضاً فالظاهر أنّه غير مانعٍ منالاستقرار بالقسمه . (البروجردى).

على العامل(۱) فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا بعدم وجوبه(۲) ففيه

۱- ۱. لا معنى للوجوب بعد الرضا بالقسمه من الطرفَين . (عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. وهو الأقوى . (الإصطهباناتى، المرعشى). * كما هو الأقوى . (الإصفهانى). * لابدّ من القول بذلك؛ لعدم الدليل على الوجوب المذكور، وقد تبيّن ممّا ذكرنا فيهذه المسأله :١ _ أنّ قسمه الربح إذا كانت بعنوان إخراجه عن مال المضاربه تكون سبباًلخروجه عن الوقايه لرأس المال خروجاً موضوعيّاً .٢ _ وأنّ قسمه الكلّ تستلزم خارجاً الإخراج المذكور؛ لكونها فسخاً فيالحقيقه .٣ _ وأنّ فسخ المضاربه حال كون المال ناضّاً يكون سبباً لصيروره ما يقابلسهم العامل من المال، كسائر الأموال المشتركه، فتقع الخساره عليه وعلى مالالمالك بالنسبه؛ اقتضاءً للشركه فى المال الخارجى .۴ _ وأنّ الفسخ مع القسمه للمال إذا لم يكن ناضّاً يكون سبباً لخروج الخارجبالقسمه عن الوقايه لرأس المال؛ إذ لا مضاربه فى البين، ولا رأس مالٍ للمضاربه،وتبقى صوره واحده للوقايه لرأس المال، وهى : ما إذا تحقّق الفسخ مع عدم تحقّقالقسمه للمال ولم يكن ناضّاً؛ إذ الخسران بالانخفاض أو التلف يستلزم عدم خروج ما بالقوّه إلى الفعل، بمعنى ذهاب الحقّ لذهاب متعلّقه أو بانتفائه . (الفانى). * وهو الأقوى إن لم يكن تعارف على الخلاف . (السبزوارى).

وجهان(۱) ، أقواهما الاستقرار.

والحاصل: أنّ اللازم أوّلاً دفع مقدار رأس المال(۲) للمالك، ثمّ يقسّم ما زاد عنه بينهما على حسب حصّيتهما، فكلّ خسارةٍ وتلفٍ قبل تمام المضاربه يُجبَر بالربح، وتماميّتها بما ذكرنا(۳) من الفسخ والقسمه.

ظهور الربح لو نضّ تمامه أو بعضه

(مسأله ۳۶) : إذا ظهر الربح ونضّ تمامه(۴) أوبعض منه فطلب أحدهما قسمته: فإن رضِیَ الآخر فلا مانع منها، وإن لم يَرضَ المالك لم يُجبَر(۵) عليها(۶) ؛ . . . .

۱- ۱. الظاهر أنّه لا إشكال فی عدم وجوبه مع فرض رضا المالك بالقسمه قبله، كما هوالمفروض . (الخوئی).

۲- ۲. بل يكفی إفراز حصّه العامل من الربح، ودفع الباقی إلى المالك، كما مرّ . (محمّدرضا الگلپايگانی).

۳- ۳. بل لا يبعد أن يكون بما ذكرنا آنفاً . (الخمينی). * بل كما عرفت بالفسخ أو القسمه إذا كانت فيها دلاله عرفيّه على الفسخ .(اللنكرانی).

۴- ۴. موضوع هذه المسأله إنّما هو فی صوره عدم تحقّق الفسخ . (السبزواری).

۵- ۵. يمكن أن يقال : إنّ الاجبار فی كلا الطرفين على القاعده؛ إذ كلّ شخصٍ مسلّطعلى ماله، ولكنّ الاحتياط لا يُترك . (تقی القمّی). * فيه إشكال، والتعليل عليل، وكذا الحكم بإجبار العامل معلّلاً بما أفاده قدس سره .(اللنكرانی).

۶- ۶. لا يخفی أنّ مجرّد الحاجه إليه لا ينافی مع سلطنه المالك على جبران رأس مالهبمال المضاربه من قسمـه ربحه؛ إذ ما لم يحصـل الفسخ كان مثل هذه السلطنهباقيهً، وحينئذٍ فلا قصور فی عموم السلطنه المقتضيه لإجبار المالك أيضاً عليالقسمه . (آقا ضياء). * مع عدم الفسخ، وأمّا معه ففيه تأمّل وإشكال؛ من جهه احتمال استقرار ملكالعامل بذلك، ومعه يُجبَر المالك عليها لو طلبها العامل . (الإصفهانی). * مع عدم الفسخ، كما هو الظاهر، وأمّا معه ففيه إشكال؛ من احتمال استقرار ملكالعامل به، ومعه يُجبَر المالك عليها لو طلبها العامل . (الإصطهباناتی). * هذا هو المشهور، ولكنّه لا يخلو من إشكال، والتعليل الّذی أورده فی المتن عليلمن وجوه . (البجنوردی). * مع عدم الفسخ، وإلّا فمشكل . (عبدالله الشيرازی). * فيه تأمّل وإشكال، إلّا أن يكون بناء المضاربه مع بقائها على عدم القسمه قبلالفسخ، ولازمه عدم إجبار العامل أيضاً، والتعليل الّذی ذكره لعدم إجبارهما ليسبوجيه . (الخمينی). * مع عدم الفسخ، أمّا معه فقد تقدّم قوّه احتمال استقرار ملك العامل به . (حسنالقمّی). * مع عدم الفسخ . (الروحانی).

لاحتمال الخسران(۱) بعد ذلک(۲) ، والحاجه إلی جبره به، قیل(۳) : وإن لم یَرضَ العامل(راجع قواعد الأحکام: ۲/۳۴۴، جامع المقاصد: ۸/۱۴۵.) فکذلک(۴) أیضاً؛ لأنّه لو حصل الخسران وجب علیه

ص: ۲۳۹

۱- ۱. التعلیل علیل، مع إمکان تدارک الخساره . (المرعشی). * القسمه لا تنافی جبر الخساره، فلابدّ لعدم الجبر من دلیلٍ آخر . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۲- ۲. هذا التعلیل علیل . (السبزواری).

۳- ۳. الکلام فیه جوازاً ومنعاً وتعلیلاً هو الکلام فی سابقه . (المرعشی).

۴- ۴. هذا لا یخلو من قوّه مع بقاء المضاربه . (البروجردی).

ردّ ما أخـذه، ولعلّه لا يقدر بعد ذلک علیه؛ لفواته فی یده وهو ضـرر علیه، وفیه: أنّ هذا لا یُعدّ ضـرراً(۱) ، فالأقوی أنّه یجبر(۲) إذا طلب المالـک، وکیف کان إذا اقتسـماه(۳) ثمّ(۴) حصـل الخسـران: فـإن حصل بعـده ربـح یجبره فهو، وإلّا ردّ العامل أقلّ الأمرین من مقـدار الخسـران وما أخـذ من الربـح؛ لأنّ الأقلّ إن کان هو الخسـران فلیس علیه إلّا جبره والزائد له(مسالک الأفهام: ۴/۳۹۲.)، وإن کان هو الربح فلیس علیه إلّا مقدار ما أخذ، ویظهر من الشـهید(۵) أنّ قسـمه الربح موجبه لاستقراره، وعدم جبره للخساره الحاصـله بعـدها، لکنّ قسـمه مقداره لیست قسـمهً له؛ من حیث إنّه مشاع فی جمیع المال، فأخذ مقدارٍ منه لیس أخذاً له فقط، حیث قال(مسالک الأفهام: ۴/۳۹۲ عن جامع المقاصد للکرکی: ۸/۱۴۳ _ ۱۴۵.) علی ما نُقِل عنه: إنّ المردود أقلّ الأمرین ممّا أخذه

ص: ۲۴۰

۱- ۱. بعد کون الإغرام فی مقابل التصرّف . (المرعشی).

۲- ۲. الإجبار موضع تأمّل فیما إذا لم یفسخ المالک . (محمّد الشیرازی).

۳- ۳. مع عدم الفسخ، وأمّا معه فقد اسـتقرّت الملکیّه، ولیس جبران بلا إشـکال .(الإصفهانی). * مع عدم الفسخ، وأمّا معه فقد استقرّت الملکیّه، فلا یکون جبران . (الإصطهباناتی). * القسمه إذا کانت اخراجاً للربح عن موضوع المضاربه فلا جبران بعدها . (الفانی). * ولم ینفسخ العقد . (الروحانی).

۴- ۴. مع عدم الفسخ . (حسن القمّی).

۵- ۵. هذا هو الصـحیح الموافق للصناعه، من غیر فرقٍ بین قسمه الکلّ وبین قسمهالبعض إذا کانت قسمهَ إخراج، کما هو الغالب فی تقسیم الربح . (الفانی). * کلام الشهید ۱ غیر بعید وإن کان الاحتیاط لا ینبغی ترکه . (محمّد الشیرازی).

العامل من رأس المال، لا من الربح، فلو كان رأس المال مائةً والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون الّتى هى الربح مشاعه فى الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبه السدس، فالمأخوذ سدس الجميع، فيكون خمسه أسداسها من رأس المال، وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس(١) العشرين، وذلك درهم وثلثان، يبقى معه ثمانيه وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقى ردّ أقلّ الأمرين من ما خسر ومن ثمانيه وثلث، وفيه ــ مضافاً(٢) إلى أنّه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح، وأنّ عليه غرامه ما أخذه منه ــ أنظار اُخر :

منها: أنّ المأخوذ إذا كان من رأس المال فوجوب ردّه لا يتوقّف على حصول الخسران بعد ذلك.

ومنها: أنّه ليس مأذوناً(٣) فى أخذ رأس المال، فلا وجه للقسمه المفروضه.

ص: ۲۴۱

۱- ۱. وفيه أنّ نصف السدس بالفرض مشاع فى العشره كقبل القسمه فما الموجبللاستقرار؟ (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ۲. عمده ما يرد فساد استقرار الملك بالقسمه محضاً، وإلّا فمع تسليم هذه المقدّمه مااُفيد فى غايه المتانه، وما أفاده المصنّف من الوجوه ليست إلّا كالمصادره، فتدبّر .(آقاضياء).

۳- ۳. هذا لا يلائم ما فرضه من وقوع القسمه عن تراضٍ . (المرعشى). * هذا خلاف الفرض؛ حيث إنّ الاقتسام وقع بالتراضى، ولا أقلّ من رضايه المالك .(محمّد رضا الگلپايگانى).

ومنها: أنّ المفروض أنّهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنّه(۱) ربح، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال.

ودعوى: أنّه لاـ يتعيّن؛ لكونه من الربح بمجرّد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال مدفوعه: بأنّ المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصّته من الربح للمالك، ومقدار حصّه الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعيّن(۲) بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال، فقسمه الربح في الحقيقه قسمه لجميع المال، ولا مانع منها.

بيع العامل حصّته من الربح

(مسأله ۳۷) : إذا باع العامل حصّيته من الربح بعد ظهوره(۳) صحّ(۴) مع تحقّق الشرائط(۵) من معلوميّه المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا

۱- ۱. يمكن أن يكون مراده غير هذا الفرض . (محمّد رضا الگلپايگاني).

۲- ۲. للمسأله ثلاث صور، والإشكال لا يعمّها، والتفصيل في (الفقه). (محمّد الشيرازي).

۳- ۳. في بيع الربح قبل تحقّقه في الخارج إشكالان : الأوّل : أنّ الحقّ لا يباع . الثاني : أنّهوقايه لرأس المال، وبعد تحقّقه في الخارج يبقى الإشكال الثاني، وإذا باعه ثمّ حصلخسران كشف عن بطلان البيع من أصله . (الفاني).

۴- ۴. إذا أذِن المالك للعامل أن يبيع قسمته من الربح فقد أسقط عرفاً حقّه فيهما منتداركك الخساره، ولو حصل خسران بعد ذلك ليس على العامل جبره، نعم، لو أذنالمالك معلّقاً وجب الجبر، وهل يكشف ذلك عن بطلانـ البيع، أو لزوم التدارك؟وجهان . (صدرالدين الصدر). * إذا كان مأذوناً من المالك في بيعه طِلقاً، وإلّا كان مراعىً بعدم الخسران؛ لتقدّمتعلّق حقّ المالك به كما تقدّم . (مهدي الشيرازي). * في الحكم بالصحّه تأمّل وإشكال، كما عرفت، وعلى تقديره لاـ يبعد كشفالخسران عن البطلان . (اللنكراني).

۵- ۵. إذا كان مع إجازه المالك، وإلّا ففيه إشكال، كما مرّ . (عبدالهادي الشيرازي).

يبطل البيع[(۱)](#content_note_270_1) ، بل يكون بمنزله التلف، فيجب عليه جبره بدفع أقلّ الأمرين من مقدار قيمه[(۲)](#content_note_270_2) ما باعه ومقدار الخسران.

جبران الربح للخساره

(مسأله ۳۸) : لا إشكال فی أنّ[(۳)](#content_note_270_3) الخساره الوارده علی مال المضاربه

ص: ۲۴۳

۱- ۱. محلّ إشکال وتأمّل . (أحمد الخونساری). * بل یبطل، أی ینکشف بطلانه : إمّا لعدم الملک، أو لتعلّق حقّ المالک بجبر خسرانرأس مالِهِ به . (البروجردی). * بعد الفسخ أو القسمه، أو مع إجازه المالک، وإلّا فمشکل . (عبدالله الشیرازی). * کشفه عن بطلانالبیع لا یخلو من قوّه . (الشریعتمداری). * محلّ تأمّل، ویحتمل صحّته، ومالکیّه المشتری ملکیّه متزلزله کمالکیّه البائع،فینفسخ، مع ظهور الخسران، وعدم الجبران من مالٍ آخر علی إشکال . (الخمینی). * ولاحتمال بطلانه بعدم تملّک البائع أصلاً، أو بکون ملکه غیر طلقٍ؛ لمکان تعلّقحقّ الجبران وجه وجیه . (المرعشی).

۲- ۲. فیما کان قیمیّاً . (المرعشی).

۳- ۳. لا یخفی أنّ جبران الخساره أو تلف رأس المال بالربح بعد ما کان علی خلافالقاعده؛ لأنّه خلاف سلطنه المالک للربح، فلابدّ وأن یقتصر فیه علی المقدار المُجمَععلیه؛ حیث إنّه لم یرد نصّ دالّ علی میزانٍ فی جبران الخساره والتلف، وإنّما هو منجهه کونه من مقتضیات تشریع عقد المضاربه، وعلیه یمکن أن یُدّعی بأنّ القدرالمتیقّن من الجبران فی صوره الخساره قبل القسمه أو الفسخ بضمّ الإنضاض، وکذاجبران التلف أو الإتلاف من العامل قبلهما، وأمّا فی غیر هذه الصوره فلا دلیل علیه،فیرجع إلی عموم السلطنه فی إثبات استقرار الملک، کما لا یخفی، ولقد أشرنا إلیهذه الجهه فی بعض الحواشی، وحینئذٍ لو لم یکن فی البَین إجماع أمکن الفرق فیجبران تلف المال بالربح بین إتلاف الأجنبیّ أو المالک وبین غیرهما؛ بدعوی عدمالجبران إلّا فی الأخیر دون الاُولَیَین؛ لاعتبار وجود المال فی عهده الأجنبیّالمُتلِف، أو بمنزله الاستیفاء من المالک بإتلافه، فیستقرّ ملک الربح لهما أیضاً؛ لعمومالسلطنه، فتدبّر . (آقاضیاء).

تُجبَر بالربـح، سواء كان سابقاً عليها، أم لاحقاً ما دامت المضاربه باقيةً(۱) ولم يتمّ عملها(۲) ، نعم، قد عرفت ما عن الشـهيد(۳) من عدم جبران(۴) الخساره اللاحقه بالربح السابق إذا اقتسماه(۵) ، وأنّ مقدار الربح من المقسوم تستقرّ ملكيّته، وأمّا التلف: فإمّا أن يكون بعـد الـدوران فی التجـاره، أو بعـد الشـروع فيهـا، أو قبله، ثمّ إمّا أن يكون التالف البعض، أو الكلّ(۶) ، وأيضـاً إمّا أن يكون بـآفهٍ من الله سـماويّهٍ أو أرضـيّه، أو بإتلاـف المالـك أو العامل أو الأجنبیّ على وجه الضـمان، فإن كان بعـد الـدوران فی التجـاره فالظـاهر جبره بالربـح، ولو كـان لاحقاً مطلقاً، سواء كان التالف البعض، أم الكلّ، كان التلف بآفهٍ أو بإتلاف ضامنٍ، من العامـل أو الأـجنبیّ، ودعوى أنّ مع الضـمان كـأنّه لم يتلف؛ لأنّه فی ذمّه الضامن كما ترى، نعم، لو أخـذ العوض(۷) يكون من جمله المال، بل

ص: ۲۴۴

۱- ۱. الأظهر العدم، والاحتياج إلی عقدٍ جديد . (صدرالدين الصدر).

۲- ۲. ولم تفسخ . (اللنكرانی).

۳- ۳. وتقدّم أنّ الأقوى خلافه . (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی).

۴- ۴. بناءً على كفايه الإنضاض والقسمه فی استقرار الملكيّه . (المرعشی).

۵- ۵. بناءً منه على أنّ الإنضاض والقسـمه كافيان فی الاسـتقرار . (الإصفهانی). * بناءً منه على كون الإنضاض والقسمه كافِيَين فی الاستقرار . (الإصطهباناتی). * وهو الحقّ فی ما إذا كانت القسمه قسمه إخراج . (الفانی).

۶- ۶. المساوی لرأس المال . (المرعشی).

۷- ۷. اعتبـار أخـذ العوض فی بقاء المضاربه ممّا لا وجه له؛ لأنّه إن كانت المضاربهباقيةً فی بـدل التالف فی الـذمّه فلا مـدخليّه لأخذ البدل فی البقاء، وإن كان بقاءالمضاربه فی بدل التالف محلّ إشكال . (الحائری).

الأقوی ذلک إذا کان بعد الشروع فی التجاره، وإن کان التالف الکلّ، کما إذا اشتری فی الذمّه(۱) وتلف المال قبل دفعه إلی(۲) البائع فأدّاه المالک(۳) ، أو باع العامل المبیع وربح فأدّی، کما أنّ الأقوی فی تلف البعض الجبر، وإن کان قبل الشروع(۴) أیضاً، کما إذا سرق فی أثناء السفر قبل أن یشرع فی التجاره، أو فی البلد أیضاً قبل أن یسافر، وأمّا تلف الکلّ قبل الشروع فی التجاره فالظاهر أنّه موجب لانفساخ العقد؛ إذ لا ـ یبقی معه مال التجاره حتّی یُجبَر، أو لا ـ یُجبر. نعم، إذا أتلفه أجنبیّ(۵) وأدّی عوضه تکون المضاربه باقیه، وکذا إذا أتلفه العامل(۶) .

ص: ۲۴۵

۱- ۱. علی فرض صحّته، وقد مرّ الإشکال فیه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. فی بقاء المضاربه فی مثل هذا الفرض نظر . (مهدی الشیرازی).

۳- ۳. بقصد المضاربه مع العامل علیه وعلی المال الّذی تلف، ومع ذلک فصیرورته بذلکجزءاً من القَراض السابق حتّی یُجبَر تلفه بربح هذا محلّ إشکال . (البروجردی). * بقصد الأخذ بعد استرباح المبیع . (الخمینی).* فیه إشکال . (المرعشی). * فی صیرورته جزءاً من القراض السابق حتّی یجبر تلفه بربحه محلّ إشکال، أومنع، کما تقدّم . (الروحانی). * تحقّق الجبران فی هذه الصوره محلّ إشکال . (اللنکرانی).

۴- ۴. فیه تأمّل . (الکوه کَمَری). * الظاهر الانفساخ فی التالف، وانحصار رأس المال فی الباقی . (مهدی الشیرازی). * تطبیقه علی القاعده مشکل . (الفانی).

۵- ۵. وأمکن تضمینه والوصول منه، وکذا مع إتلاف العامل أمکنه تأدیه العوض .(الخمینی).

۶- ۶. قد مرّ الإشکال فیه . (الحائری).

عدم ضمان العامل ما لم يكن غير أمين

(مسأله ۳۹) : العامل أمين، فلا يضـمن إلّا بالخيانه، كما لو أكل بعض مال المضاربه، أو اشترى شـيئاً لنفسه فأدّى الثمن من ذلک، أو وطئ الجـاريه المشتراه، أو نحو ذلک، أو التفريط بترک الحفظ، أو التعـدّى بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيه عنه، أو عـدم إذنه فى السـفر، أو اشترى ما نهى عن شـرائه، أو ترک شـراء ما أمره به، فإنّه يصـير بـذلک ضامناً للمال(۱) لو تلف، ولو بآفه سماويّه وإن بقيت المضاربه(۲) ، كما مرّ، والظاهر ضـمانه للخساره الحاصله بعد ذلک أيضاً، وإذا رجع عن تعدّيه أو خيـانته فهـل يبقى الضـمان، أو لا؟ وجهان(۳) ، مقتضـى الاستصحاب(۴) بقـاوه، كمـا ذكروا فى بـاب الوديعه(راجع تـذكره الفقهاء (ط . ق): ۲/۱۶۸، جواهر الكلام: ۲۶/۳۷۹، الحدائق الناضره:، ۲۱/۲۲۵،جامع الشتّات للميرزا القمّى: ۳/۳۴۶.) :

۱- ۱. فيه تأمّل، نعم، يضـمن خساره المال . (صدرالـدين الصدر). * المتيقّن ضـمانه لِما خان فيه تلفاً وخسارهً، لا لجميع ما فى يده من مال المضاربه،ولعلّ ذلک مراده أيضاً، كما لو ضارب مضاربتَين فخان فى إحداهما . (مهدى الشيرازى).

۲- ۲. قد مرّ الإشكال فى بدل التلف . (الحائرى).

۳- ۳. أظهرهمـا الأـوّل . (عبـدالهادى الشـيرازى). * والأـقوى العـدم . (الشـريعتمدارى). * أقربهمـا الأوّل . (البروجردى). * أوجههما الضمان؛ لأنّ ارتفاع سبب الضمان غير معلوم . (الخمينى). * والأقرب البقاء . (اللنكرانى).

۴- ۴. أظهرهما عـدم الضـمان؛ لعـدم جريان الاستصـحاب فى الشـبهات الحكميّه . (أحمـدالخونسارى). * إن بقى مقتضـيه . (المرعشى).

أنّه لو أخرجها الودعیّ عن الحرز بقی الضمان وإن ردّها بعد ذلک إلیه، ولکن لا یخلو من إشکال(۱) ؛ لأنّ المفروض بقاء الإذن(۲) وارتفاع سبب الضمان، ولو اقتضت المصلحه بیع الجنس فی زمانٍ ولم یَبِـعْ ضمن الوضیعه(۳) إن حصلت بعد ذلک، وهل یضمن بنیّه الخیانه مع عدم فعلها؟ وجهان(۴) ، من عدم کون مجرّد النیّه خیانه، ومن صیروره یده حال النیّه بمنزله ید الغاصب،

ص: ۲۴۷

۱- ۱. قد تقدّم أنّ الأقوی بقاء الضمان فی مثل الفرض؛ لعدم تحقّق الغایه . (آقاضیاء). * بل منع . (الفانی). * بل الأقرب عدم الضمان فی المقامَین . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. إن اُرید بقاؤه مع جهل المالک بالحال فلا أثر لمثل هذا البقاء وإن اُرید البقاء، واقعاًحتّی مع علمه فهو أوّل الدعوی . (السبزواری).

۳- ۳. إن تحقّقت المخالفه للمالک . (المرعشی).

۴- ۴. أوجههما العدم . (الإصطهباناتی). * أقربهما العدم . (البروجردی، أحمد الخونساری). * الأوجه بل المتعیّن هو الأوّل . (البجنوردی). * لا یبعد أن یکون الوجه الأوّل أقرب . (الخوئی). * الأقوی عدم الضمان، من غیر فرقٍ بین العزم الفعلیّ علی الخیانه والعزمالاستقبالیّ؛ لأنّ الائتمان المالکیّ لا یُرتفع إلّا بالتعدّی الخارجیّ . (الفانی). * أوجههما عدم الضمان؛ لأنّ صیروره الید بمجرّد النیّه بمنزله ید الغاصب غیرمعلوم، وأمّا الفرق الّذی فی المتن فغیر وجیه . (الخمینی). * الأظهر عدم الضمان، والتنزیل منظور فیه، والفرق غیر فارق . (المرعشی). * أقواهما العدم . (محمّد رضا الگلپایگانی، الروحانی). * أوجههما العدم، وما ذکر فی المتن من الفرق غیر ظاهر . (محمّد الشیرازی). * الأقرب هو الأوّل إن کان بانیاً علیها وحالَ دون بنائه مانع خارجیّ . (السبزواری). * والأقرب العدم مطلقاً، والفرق بین الموردَین غیر تامّ . (اللنکرانی).

ویمکن الفرق(۱) بین العزم علیها(۲) فعلاً وبین العزم علی أن یخون بعد ذلک.

شراء المالک من العامل من مال المضاربه

(مسأله ۴۰) : لا یجوز للمالک(۳) أن یشتری من العامل شیئاً من مال المضاربه؛ لأنّه ماله(۴) ، نعم، إذا ظهر الربح یجوز(۵) له(۶) أن یشتری(۷) حصّه

۱- ۱. الظاهر عدم الفرق بینهما فی صیروره یده ید ضمان؛ لأنّ المتیقّن الخارج منعموم « علی الید » غیره بعد التشکیک فی بقاء عنوان الأمانه . (آقاضیاء). * الظاهر عدم الفرق بینهما . (محمّد رضا الگلپایگانی). * الظاهر عدم الفرق بین الصورتَین، وعلی کلا التقدیرین لا یُترک الاحتیاط . (تقیالقمّی).

۲- ۲. الفرق لا یخلو من قوّه، ولا سیّما مع الاشتغال ببعض مقدّماتها . (عبدالهادیالشیرازی).

۳- ۳. بل یجوز، ویصحّ بالنسبه إلی ما فیه من حصّه العامل، کما نبّه ؛ علیه فی شراءالعامل من المالک . (مهدی الشیرازی).

۴- ۴. یمکن أن یقال : إنّ اختلاف العنوان یکفی لصحّه الشراء، کما یساعد علیه العرفبعد التأمّل . (کاشف الغطاء). * ولکن یجوز بعنوان مطلق التبدیل، کما یبدّل الشخص دراهمه بدیناره أوبالعکس، ویجوز أیضاً أن یملک المالک ثمن ما یرید أن یشتریه من العامل إلیخادمه مثلاً، فیشتریه لنفسه ثمّ یهبه للمالک . (السبزواری).

۵- ۵. بناءً علی صحّه بیع العامل حصّته، وعلی تقدیرها فقد عرفت انکشاف البطلانبحصول الخسران . (اللنکرانی).

۶- ۶. راجع التعلیقه علی المسأله (۳۷). (الفانی).

۷- ۷. قد مرّ الإشکال فی الجمع بین ملکیّه العامل للربح مع کونه وقایه، وقد مرّالاحتیاط فیه . (الحائری). * محلّ إشکال، کما مرّ سابقاً . (أحمد الخونساری).

العامـل منه مع معلوميّه(۱) قـدرها، ولاـ يبطل بيعه(۲) بحصول الخسـاره بعـد ذلـك؛ فـإنّه بمنزله التلف، ويجب على العامـل ردّ قيمتها(۳) لجبر الخساره(۴) ، كما لو باعها من غير المالك(۵) ، وأمّا العامل فيجوز أن يشترى من المالك قبل ظهور الربـح، بل وبعده، لكن يبطل الشراء بمقدار حصّته من المبيع؛ لأنّه ماله، نعم، لو اشترى(۶) منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء يمكن الإشكال(۷) فيه(۸) ؛ حيث إنّ بعض الثمن حينئذٍ

۱- ۱. بناءً على اشتراطها . (تقى القمّى).

۲- ۲. قد مرّ أنّ البطلان لا يخلو من قوّه . (الشريعتمدارى).

۳- ۳. أى ثمنها المسمّى، وإن كانت قيمه المثل أكثر . (المرعشى).

۴- ۴. بل ثمنها المسمّى، وإن قلنا بصحّه البيع باعتبار القول بالملك، وأنّ الحقّ لايعدوهما؛ وذلك لإقدام المالك على عدم جَبر الزياده إن كانت القيمه أكثر .(البروجردى). * بل أقلّ الأمرين من القيمه والمسمّى؛ لأنّه أقدم على عدم جبر الزائد لو كانتالقيمه أكثر . (عبدالله الشيرازى).

۵- ۵. برضا المالك . (عبدالهادى الشيرازى). * مع الاسترضاء عنه . (المرعشى).

۶- ۶. يتمكّن أن يقـال : إنّ المعاملاـت الواقعه على مـال المضـاربه وان اشترك المالكوالعامـل فيها فى الربـح إلّا أنّ رتبه ملكيّه العامـل متـأخّره عن ملكيّه المالـك، من غيرفرقٍ بين مـا لو كـان المشترى هو العامـل أو الأـجنبى، وربّمـا كان مراده ـ طاب ثراه ـ ذلك . (صدرالدين الصدر).

۷- ۷. الاستشكال مبنيّ على عدم انتقال سهم العامل من الربح عن ملك ربّ المال إليهبعد الاسترباح . (المرعشى).

۸- ۸. لا إشكال فيه، بل العامل لا يستحقّ شيئاً؛ لأنّه ليس استرباحاً بالنسبه إليه .(الكوه كَمَرى).

يرجع إليه؛ من جهه كونه(۱) ربحاً(۲) ، فيلزم من نقله إلى البائع عـدم نقله من حيث عوده إلى نفسه. ويمكن(۳) دفعه(۴) : بأنّ كونه ربحاً

ص: ۲۵۰

۱- ۱. فيه منع ظاهر؛ من جهه أنّ بـذل العامل أزيـد من قيمه السـلعه خساره عليه،ومحاباه منه للمالک، فليست هـذه تجاره رابحه بالنسـبه إليه، ولو أعطى حصّيته منتلک الزيـاده لكـان ذلک جبراً لخسارته بمقـدارها، ولا يكون استرباحاً له أصـلًا، فهـذهالزياده راجعه إلى المالـک، ولا يشاركه العامل حتّى يتوجّه الإشـكال ويحتاج إليالـدفع، نعم، لو اشتراها الأجنبىّ بأزيـد من قيمتها كانت تلک الزياده ربحاً فى هذهالمعامله، ومنفعهً عائدهً لكلٍّ من المالک والعامل، ولا يتوجّه عليه هذا الإشكال .(الإصفهانى).

۲- ۲. بالنسبه إلى رأس المـال وإن كـان خسـراناً فى حقّ المشترى؛ إذ الأـوّل هو المنـاطفى ملک العامل لحصّهٍ منه، لا الثانى . (البروجردى). * أى بالإضافه إلى مال المضاربه، وإن كان خسراناً بالإضافه إلى نفس المعامله؛لأنّ المفروض أنّه اشتراه بأزيد من قيمته الواقعيّه، لكنّ المناط هو الأوّل . (اللنكرانى).

۳- ۳. الظاهر أنّ الاشـكال لا يـدفع بما ذكرنا؛ فإنّه ناشٍ من اتّحاد الزمان، والتقـدّم الرتبيّلا أثر له مادام الزمان واحداً، والمفروض وحدته، فما اُفيد فى المتن خلاف القاعده .(تقى القمّى).

۴- ۴. لا يخفى أنّ تأخّره عنه ليس بالزمان حتّى يندفع به الإشـكال، بل بنفس الشـراءالّذى أثره تملّک البائع للثمن يحدث عنوان الربحيّه، وحدوثه ملازم لتملّک المشترى_ الّذى هو العامل _ حصّيته منه، فيلزم أن يكون فى آنٍ واحدٍ ملكاً للمالک والعاملمعاً، ومنقولاً إلى البائع، وغير منقول إليه، وخارجاً عن ملک المشترى، وغير خارجٍعن ملكه فى زمانٍ واحـد . (عبـدالله الشـيرازى). * الإشـكال والجواب كأنّهما مبتيّان على أنّ اعتبار المضاربه هو كون الربـح لمالالمالک، وبعد الاسترباح تنتقل حصّه منه من ملک مالـک رأس المـال إلى العـاملبحسب اقتضـاء المضاربه، وأمّا إذا كان الاعتبار فيها هو كون المال للمالک والعمللعامل، وكأنّهما شريكـان فى رأس المـال، والعمـل والربـح حاصـل لهمـا باعتبارهماوبجلبهمـا فتكون حصّه من الربـح منتقله إلى صـاحب المـال، وحصّه منه إلى صاحبالعمـل ابتـداءً، فلاـ وقع للإشـكال والجواب، ولا يكون ذلک مخالفاً للقاعـده عنـدالعقلاء، نعم، يبطل ذاک الشـراء المفروض بالنسـبه إلى حصّه العامل؛ باعتبار كونالعوض والمعوّض لشخصٍ واحد، فإذا اشترى ما تكون قيمته مائهً بمائتين وكانتالمضاربه على النصف تبطل بالنسبه إلى خمسـين وبقى المال مائه وخمسـين للمالكلرأس المال، وممّا ذكرنا يظهر النظر فى مـا يـأتى من الماتن، وفى دخول تلک الزيادهفى مال المضاربه تأمّل ونظر . (الخمينى). * بل يمكن الـدفع بوجهٍ آخر، وهو أن يقال : حيث لا استرباح للعامل بالنسـبه إليالبيع فلا يسـتحقّ شـيئاً حتّى يتوجّه الإشكال . (المرعشى). * لكنّه قدس سره صرّح فى المسأله (۴۴) الآتيه بأقوائيّه القول بأنّ العامل يملک الربـح أوّلاًبلا توسّط ملكيّه المالک بالجعل الأوّلى حين العقـد، وعدم منافاته لحقيقه المعاوضه،ولعلّ الاعتبار فى باب المضاربه يساعـد على هـذا المبنى، وعليه فلا يبقى موقعللإشـكال والجواب أصـلاً . نعم، يبقى الإشكال من بعض الوجوه الاُخر . (اللنكرانى).

متأخّرٌ(۱) عن صيرورته(۲) للبائع، فيصير أوّلاً للبائع الّذى هو المالك؛ من جهه كونه ثمناً، وبعد أن تمّت المعامله وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع

ص: ۲۵۱

۱- ۱. لا يخفى أنّ تأخّره عنه ليس بالزمان حتّى يندفع به الإشكال المتوهّم على تقديروروده، بل بنفس الشراء الّذى أثره تملّك البائع للثمن يحدث عنوان الربحيّه،وحدوثه ملازم لتملّك المشترى _ الّذى هو العامل _ حصّهً منه، فيلزم أن يكون فيآنٍ واحدٍ ملكاً للمالك والعامل معاً، ومنقولاً ـ إلى البائع، وغير منقولٍ إليه، وخارجاًعن ملك المشترى، وغير خارجٍ عن ملكه فى زمانٍ واحد، إلّا أنّك عرفت عدمتوجّه الإشكال أصلًا حتّى يحتاج إلى الدفع . (الإصفهانى).

۲- ۲. لكنّ هذا التأخّر رتبىّ، لازمانىّ، فيكون فى زمانٍ واحدٍ ملكاً للمالك باعتبار أنّهثمن ماله، وملكاً للعامل باعتبار أنّه ربح، فيلزم أن يكون مال واحد فى زمانٍ واحدٍملكاً لمالكَين كلّ واحدٍ بالاستقلال . (البجنوردى).

إلی المشتری(۱) الّذی هو العامل، علی حسب قرار المضاربه، فملکیّه البائع متقدّمه طبعاً، وهذا مثل ما إذا باع(۲) العامل مال المضاربه الّذی هو مال المالک من أجنبیّ بأزید من قیمته(۳) ، فإنّ المبیع ینتقل من المالک، والثمن یکون مشترکاً بینه وبین العامل، ولا بأس به؛ فإنّه من الأوّل(۴) یصیر ملکاً للمالک(۵) ، ثمّ یصیر بمقدار حصّه العامل منه له بمقتضی قرار المضاربه، لکنّ هذا علی ما هو المشهور(۶) من أنّ مقتضی المعاوضه دخول المُعَوَّض فی ملک مَن خرج عنه العِوض، وأنّه لا یعقل غیره، وأمّا علی ما هو(۷) الأقوی(۸)

۱- ۱. هذا إذا کان المتصدّی للبیع والشراء هو العامل، وأمّا إذا کان المتصدّی للبیع هوالمالک فلا یحسب من عمل المضاربه حتّی یکون الربح بینهما . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۲- ۲. أی مثله فی أنّ جوابهما واحد، وإن کان هو إشکالاً آخر عامّاً فی مطلقالمعاملات الرابحه فی باب القراض . (البروجردی).

۳- ۳. وکذلک إذا اشتری شیئاً بمال المضاربه بأنقصَ من قیمته فإنّ الثمن ینتقل منالمالک، والمبیع یکون مشترکاً بینه وبین العامل؛ حیث إنّ المعامله الواقعه رابحه،وبسبب ظهور الربح تحدث الشرکه، کما مرّ . (الإصفهانی).

۴- ۴. لا یندفع الإشکال فیه أیضاً، إلّا أن یلتزم بالتقدّم والتأخّر الزمانیّین بین الملکیّتین،ولیس ببعید . (الإصفهانی).

۵- ۵. لیس بعیداً أن یکون الربح ینقسم من أوّل الأمر، وتکون حصّه منه للمالک وحصّهمنه للعامل، کما سینبّه علیه المصنّف قدس سره فی آخر هذه المسأله . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. وهو الصحیح . (الخوئی). * وهو الأقوی . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. بل الأقوی ما علیه المشهور . (جمال الدین الگلپایگانی).

۸- ۸. بل الأقوی ما علیه المشهور . (النائینی). * بل الأقوی ما علیه المشهور . (الاصطهباناتی). * لا قوّه فیه، بل لا صحّه فیه، والصحیح هو الذی ذهب إلیه المشهور من دخولالمعوَّض فی ملک مَن خرج عنه العوض، وهذا هو معنی المعاوضه، وإلّا فهبه بلاعِوضَ لشخص، وهِبه (فی أصل النسخه (وهبته) ، والظاهر تصحیف، والصحیح ما أثبتناه .) اُخری من شخصٍ آخر له أیضاً بلا عِوض . (البجنوردی). * لا قوّه فیه أصلاً . (الفانی). * الأقوی ما هو المشهور فی باب المعاوضه . (المرعشی).

من عـدم المـانع من كون المعوّض لشـخص، والعوض داخـل فی ملک غیره، وأنّه لا ینافی حقیقه المعاوضه فیمکن أن یقال: من الأوّل یدخل الربح فی ملک العامل بمقتضی قرار المضاربه، فلا تکون هذه الصوره مثالاً للمقام ونظیراً له(۱) .

الأخذ بالشفعه من المالک

(مسأله ۴۱) : یجوز للعامل الأخذ بالشُفعه(۲) من المالـک فی مـال المضاربه، ولا یجوز العکس، مثلًا إذا کانت دار مشترکه بین العامـل والأـجنبیّ فـاشتری العامـل حصّه الأـجنبیّ بمال المضاربه یجوز له إذا کان قبل ظهور الربح(۳) أن یأخذها بالشـفعه؛ لأنّ الشـراء قبل حصول الربـح یکون للمالک، فللعامل أن یأخـذ تلک الحصّه بالشـفعه منه، وأمّا إذا کانت الدار مشترکهً بین المالک والأجنبیّ فاشتری العامل حصّه الأجنبیّ لیس للمالک الأخذ بالشفعه؛ لأنّ الشراء له فلیس له أن یأخذ بالشفعه ما هو له.

۱- ۱. وأیضاً یبقی إشکال لزوم نقل بعض الثمن إلی نفسه بحاله . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. فی إطلاقه إشکال . (عبدالهادی الشیرازی).

۳- ۳. أو بعده . (مهدی الشیرازی).

وطء العامل الجاريه من مال المضاربه

(مسأله ۴۲) :(۱) لا إشكال فی عدم جواز وطئ العامل للجاریه الّتی اشتراها بمال المضاربه بدون إذن المالک، سواء کان قبل ظهور الربح أم بعده؛ لأنّها مال الغیر، أو مشترکه بینه وبین الغیر الّذی هو المالک، فإن فعل کان زانیاً، یُحَدُّ مع عدم الشبهه کاملاً إن کان قبل حصول الربح، وبقدر نصیب(۲) المالک إن کان بعده. کما لا إشکال فی جواز وطئها إذا(۳) أذن(۴) له(۵) المالک(۶) بعد الشراء(۷) وکان قبل حصول الربح، بل یجوز

ص: ۲۵۴

۱- ۱. المسائل المتعلّقه بالعبید والإماء لا تکون مورد الابتلاء فی أمثال زماننا . (تقیالقمّی).

۲- ۲. إن قلنا بأنّ العامل یملک حصّته من الربح قبل الإنضاض، وقلنا بأنّ الحدّ ینقصبملک الربح، ولکنّهما فی محلّ المنع . (الفانی).

۳- ۳. یعنی بصیغه التحلیل . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. إذناً مسوّغاً بأن کان بنحو التحلیل بشرائطه . (اللنکرانی).

۵- ۵. یعنی بصیغه التحلیل . (النائینی). * یعنی حلّلها له . (أحمد الخونساری). * إذنُ تحلیل . (الفانی). * أی حلّلها له بشرائطه . (الخمینی). * بصیغه التحلیل علی الأحوط . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- ۶. یعنی حلّلها له . (الإصفهانی، البروجردی، عبدالله الشیرازی، حسن القمّی). * أی بصیغه التحلیل . (الإصطهباناتی). * أی حلّلها له . (مهدی الشیرازی). * بالتحلیل . (المرعشی). * بنحو التحلیل . (السبزواری).

۷- ۷. المراد من الإذن : التحلیل، کما یظهر من عباراته فیما بعد هذا الکلام، وإلّا فمعلومأنّه بصرف الإذن من دون أن یکون بصیغه التحلیل لا یجوز الوطئ . (البجنوردی).

بعده(۱) على الأقوى(۲) ، من جواز تحليل أحد الشريكَين صاحبه وطئ الجاريه المشتركه بينهما، وهل يجوز له وطوها بالإذن السابق فى حال إيقاع عقد المضاربه، أو بعده قبل الشراء، أم لا؟ المشهور على عدم(۳) الجواز(۴) ؛ لأنّ التحليل إمّا تمليک، أو عقد، وکلاهما لا يصلحان قبل الشراء، والأقوى(۵) كما(۶) عن

ص: ۲۵۵

۱- ۱. الفرع وما بعده محلّ نظر . (مهدى الشيرازى). * محلّ إشكال، فلا يُترک الاحتياط . (محمّد رضا الگلپايگانى). * محلّ تأمّل . (اللنكرانى).

۲- ۲. محلّ تأمّل وإشكال . (الإصطهباناتى). * محلّ تأمّل . (البروجردى). * محلّ إشكال . (أحمد الخونسارى).* فيه إشكال وتأمّل، فلا يُترک الاحتياط . (عبدالله الشيرازى). * فيه إشكال . (المرعشى).

۳- ۳. وهو المنصور . (الكوه کَمَرى).

۴- ۴. وهو الصحيح؛ إذ المعتبر فى التحليل كونه صادراً من المالک، والمفروض عدمهفى المقام، وأمّا خبر الكاهلىّ فهو ضعيف السند (هذه التعليقه أوردناها من نسخهٍ اُخرى منه قدس سره). (الخوئى). * وهو الأقوى . (السبزوارى).

۵- ۵. بل الأقوى العدم، ودعوى أنّ التحليل إباحه صرفه ممنوعه أشدّ المنع . (صدرالدينالصدر). * أقوائيّته ممنوعه . (جمال الدين الگلپايگانى).

۶- ۶. محلّ إشكال، لا يُترک الاحتياط . (الخمينى).

الشیخ(۱) فی النهایه(النهایه للطوسی: ۴۳۰.) الجواز(۲) ؛ لمنع(۳) کونه(۴) أحد الأمرین، بل هو إباحه، ولا مانع من إنشائها قبل الشراء إذا لم یرجع عن إذنه بعد ذلک، کما إذا قال : اشتر بمالی طعاماً ثمّ کُلْ منه. هـذا، مضافاً إلی خبر الکاهلی(۵) ، عن أبی الحسن علیه السلام: قلت: رجل سألنی أن أسألک أنّ رجلاً أعطاه مالاً مضاربهً یشتری ما یری من شیء، وقال له: اشترِ جاریه تکون معک، والجاریه إنّما هی لصاحب المال، إن کان فیها وضیعه فعلیه، وإن کان ربح فله، فللمضارب أن یطأها؟ قال علیه السلام: «نعم»(الوسائل: الباب (۱۱) من أبواب کتاب المضاربه، ح۱.) ولا یضرّ

۱- ۱. لا قوّه فیه؛ لأنّ الظاهر من الأصحاب والأدلّه أنّ التحلیل الّذی هو أحد أسبابجواز الوطئ لابدّ وأن یصدر من المالک، وقبل الشراء لیس بمالک . (البجنوردی).

۲- ۲. أقوائیّته ممنوعه . (النائینی). * فیه إشکال، وکذا فی الإذن السابق علی الشراء، فلا یُترک الاحتیاط فیهما . (الحائری). * مشکل، فلا یُترک الاحتیاط . (الإصطهباناتی، محمّد رضا الگلپایگانی). * فیه إشکال، فلا یُترک الاحتیاط . (الإصفهانی، البروجردی). * محلّ إشکال . (اللنکرانی).

۳- ۳. فیه إشکال، فلا یُترک الاحتیاط . (أحمد الخونساری، حسن القمّی).

۴- ۴. فیه إشکال، فلا یُترک الاحتیاط . (عبدالله الشیرازی). * فی التعلیل إشکال، ثمّ التحقیق أنّ الخروج عن الحصر فی الأمرین بالأدلّهالقاطعه . (المرعشی).

۵- ۵. الروایه ضعیفه غیر معمول بظاهرها، بل هو خلاف الإجماع . (صدرالدین الصدر). * الخبر غیر صحیح، والمشهور علی خلافه . (عبدالله الشیرازی). * هذا هو العمده، وإلّا فللمناقشه فی ما ذکره مجال . (الخوئی).

ظهورها فی کون الشراء من غیر مال المضاربه؛ من حیث جعل ربحها للمالک؛ لأنّ الظاهر عدم الفرق بین المضاربه وغیرها فی تأثیر الإذن السابق وعدمه، وأمّا وطئ المالک لتلک الجاریه فلا بأس(۱) به(۲) قبل حصول الربح(۳)، بل مع الشکّ فیه(۴)؛ لأصاله عدمه(۵)، وأمّا بعده فیتوقّف علی إذن العامل(۶)، فیجوز معه علی الأقوی(۷)؛ من جواز إذن(۸) أحد الشریکَین صاحبه.

شراء العامل زوج المالکه فی المضاربه

(مسأله ۴۳) : لو کان المالک فی المضاربه امرأةً(۹)، فاشتری العامل زوجها،

۱- ۱. فیه إشکال فلا یُترک الإحتیاط . (المرعشی).

۲- ۲. الأقوی عدم جواز الوطئ قبل ظهور الربح فضلاً عنه بعد ظهوره؛ لأنّها متعلّقحقّ العامل ولو بإعدادها للربح . (کاشف الغطاء). * محلّ إشکال مع بقاء المضاربه، کما هو المفروض . (عبدالله الشیرازی).

۳- ۳. محلّ إشکال مع بقاء المضاربه، کما هو المفروض . (البروجردی).

۴- ۴. بعد الفحص . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. لأصاله ملکیتها له تماماً من دون شریک، وهو الموضوع المترتّب علیه جوازالوطئ . (صدرالدین الصدر).

۶- ۶. لأنّها محقوقه إن قلنا بمنع هذا الحقّ عن الوطئ؛ لاستلزامه نقص القیمه . (الفانی). * أی تحلیله . (الخمینی). * بالنحو الّذی تقدّم، وقد عرفت أنّ الجواز محلّ تأمّل . (اللنکرانی).

۷- ۷. محلّ إشکال، کما مرّ . (أحمد الخونساری). * فیه إشکال، فلا یُترک الاحتیاط . (المرعشی). * قد مرّ الإشکال والاحتیاط فیه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۸- ۸. بصیغه التحلیل، لا مطلقاً، کما عرفت . (صدرالدین الصدر). * محلّ تأمّل، کما مرّ . (البروجردی).

۹- ۹. ظاهر العنوان کونها مرّه، ولکن یأتی منه ما یخالف ذلک، وکونها مملوکةً، Tوحینئذٍ لا تخلو العباده من تشویش واضطراب . (صدرالدین الصدر).

فإن كان بإذنها(۱) فلا إشكال فی صحّته، وبطلان نكاحها، ولا ضمان علیه، وإن استلزم ذلك الضرر علیها بسقوط مهرها(۲) ونفقتها، وإلّا ففی المسأله أقوال: البطلان مطلقاً؛ للاستلزام المذكور، فیكون خلاف مصلحتها، والصحّه كذلك؛ لأنّه من أعمال المضاربه المأذون فیها فی ضمن العقد، كما إذا اشتری غیر زوجها. والصحّه إذا أجازت(۳) بعد ذلك(۴) ، وهذا هو الأقوی؛ إذ لا فرق بین الإذن السابق والإجازه اللاحقه، فلا وجه للقول الأوّل، مع أنّ قائله غیر معلوم، ولعلّه مَن یقول بعدم صحّه الفضولیّ إلّا فیما ورد دلیل خاصّ، مع أنّ الاستلزام المذكور ممنوع؛ لأنّها لا تستحقّ النفقه إلّا تدریجاً، فلیست هی مالاً لها فوّته علیها، وإلّا لزم غرامتها علی مَن قتل الزوج، وأمّا المهر: فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، وإن كان قبله فیمكن أن یدّعی(۵)

۱- ۱. أی بالإذن الخاصّ . (اللنكرانی).

۲- ۲. وفیه : أنّ الشراء إن كان بعد الدخول فلا إشكال فی عدم سقوط المهر، وإن كانقبل الدخول ففی سقوطه كلام یأتی فی المسأله السابعه من نكاح الإماء، ولعلّالماتن ۱ أراد هذه الصوره . (الخوئی).

۳- ۳. ومع عدم الإجازه یختلف الحال، من حیث كون الشراء مصلحه أو لا؟ ومن حیثالانصراف وعدمه . (مهدی الشیرازی).

۴- ۴. أو كانت مصلحه لها، ولم یكن انصراف ونحوه . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. هذه الدعوی ساقطه جدّاً . (الإصفهانی). * هو مجرّد دعوی، كما أنّ كون المهر لسیّدها إنّما هو إذا كانت هی أیضاً أمه ولمیملك المولی المهر لها . (مهدی الشیرازی). * فیه تأمّل . (محمّد الشیرازی). * فیه إشكال . (حسن القمّی).

عدم سقوطه(۱) أيضاً بمطلق المُبطِل، وإنّما يسقط(۲) بالطلاق فقطّ(۳)، مع أنّ المهر(۴) كان(۵) لسيّدها(۶)، . . . .
. . .

ص: ۲۵۹

۱- ۱. أى نصف المهر إذا كان قبل الـدخول، إلّا أن يكون مهراً على العبـد فيسـقط بتمامهمطلقاً . (الفيروزآبادى). * بل الأقوى سقوط نصفه، والدعوى المذكوره ضعيفه . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ۲. أى نصفه، ومع ذلك فالتخصيص بالطلاق محلّ إشكال . (اللنكرانى).

۳- ۳. فيه منع . (الخمينى).

۴- ۴. لعلّه من سـهو القلم؛ لأنّ المفروض رِقّيّه (فى نسـخه الأصـل (رِقّيّته) ، والظـاهر من سـهو النسّـاخ، والصـحيح ما أثبتناه .) الزوج، لا الزوجه . (البجنـوردى). * هـذا خلاف مفروض المسـأله . (الخمينى). * هـذه العبـاره زائـده؛ لأنّ المفروض حرّيّه الزوجه، ومملوكيّه الزوج، واحتمال كونالمراد مملوكيّه الزوجه أيضاً مع كونها مأذونه فى المضاربه خلاف الظاهر، بل لعلّهخلاف المقطوع . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- ۵. هذا لعلّه من سـهو القلم؛ لأنّ المفروض مملوكيّه الزوج، لا الزوجه . (أحمدالخونسارى). * العباره مغلوطه . (الفانى). * هذا خلاف ما هو المفروض من حريّه الزوجه ومملوكيّه زوجها فقط . (اللنكرانى).

۶- ۶. لا محلّ لهذه العباره أصـلاً؛ إذ الكلام ليس فى الأمه حتّى يكون المهر لسيّدها،فتدبّر . (كاشف الغطاء). * الظاهر أنّه من سهـو القلـم . (عبـدالهادى الشيـرازى). * المفروض رقّيّه الزوج، لا الزوجه، ولعلّه سـهو من القلم . (عبـدالله الشـيرازى). * فى العباره فَلْتَهٌ من قلمه الشـريف . (المرعشـى). * الظاهر كونه من سبق القلم . (السبزوارى). * مع كون المرأه أيضاً أمه . (حسن القمّى). * الظاهر العباره غلط؛ فإنّ مفروض المسأله رقبه الزوج، دون المرأه . (الروحانى).

لا لها(۱) . وكذا لا وجه للقول الثانى بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور، بل لأنّها تُريد زوجها لأغراض اُخر، والإذن الّذى تضمّنه العقد منصرف(۲) عن مثل هذا، وممّا ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجه المالك فإنّه صحيح(۳) مع الإذن

۱- ۱. إلّا مع تمليكه إيّاها؛ بناءً على أنّها تملك ما ملّكها مولاها، كما هو المختارالمُبَرهَن فى محلّه . (آقاضياء). * كأنّه سهو من قلمه الشريف؛ فإنّ ظاهر كلامه فرض مملوكيّه الزوج، لاـ الزوجه،اللهمّ] إلّا [(أضفناه لاقتضاء السياق .) أن يكون المراد من الزوجه أعمّ من الحرّه أو المملوكه المأذونه من قبلسيّدها، حتّى فى مثل هذه المضاربه، مع القول بأنّها لا تملك، فيكون قوله : « مع أنّالمهر] كان [لسيّدها، لا لها » راجعاً إلى خصوص الزوجه المملوكه المذكوره، ولكنّهفى غايه البعد، بل لا يتحمّله كلامه . (الإصطهباناتى). * هذا كأنّه من سبق القلم؛ فإنّ المفروض مملوكيّه الزوج، لا الزوجه . (البروجردى). * مفروض المسأله رقّيّه الزوج دون المرأه، وعليه فلا موقع لهذا الكلام . (الخوئى).

۲- ۲. فى إطلاقه تأمّل؛ لاختلاف الأوقات والحالات فى ذلك . (آقاضياء). * ولولا الانصراف لأمكن المناقشه فى ما ذكر : بأنّ المصلحه والضرر فى بابالمضاربه لابدّ وأن يُلحَظا بالإضافه إلى نفس التجاره والمعامله، لا بالإضافه إلىالاُمور الخارجه عنها . (اللنكرانى).

۳- ۳. ويبطل نكاحها . (الفيروزآبادى).

السابق، أو الإجازه اللاحقه، ولا يكفيه الإذن الضمنيّ فی العقد للانصراف.

شراء من ينعتق على المالک بمال المضاربه

(مسأله ۴۴) : إذا اشترى العامل مَن ينعتق على المالک: فإمّا أن يکون بإذنه، أو لا.

فعلى الأوّل ولم يکن فيه ربح صحّ وانعتق عليه، وبطلت المضاربه بالنسبه إليه؛ لأنّه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوانها؛ حيث إنّها مبتيّه على طلب الربح المفروض عدمه، بل کونه خسارةً محضه، فيکون صحّه الشراء من حيث الإذن من المالک، لا من حيث المضاربه(۱) ، وحينئذٍ فإن بقی من مالها غيره بقيت بالنسبه إليه(۲) ، وإلّا بطلت من الأصل، وللعامل اُجره عمله(۳) إذا لم يقصد(۴) التبرّع(۵) ، وإن کان فيه ربح فلا إشکال فی صحّته، لکن فی کونه قَراضاً فيملک العامل بمقدار حصّته من العبد، أو يستحقّ عوضه على المالک للسرايه، أو بطلانه مضاربةً واستحقاق العامل اُجره المثل لعمله، کما إذا لم يکن ربح أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لا لکونه خلاف وضع المضاربه للفرق بينه وبين صوره(۶) عدم الربح، بل لأنّه(۷) فرع ملکيّه

۱- ۱. إلّا إذا کان الشراء بتخيّل وجود الربح ثمّ انکشف الخلاف، وفی هذه الصوره لايستحقّ اُجره العمل أصلاً . (اللنکرانی).

۲- ۲. بناءً على قابليتها للتحليل والتجزئه . (المرعشی).

۳- ۳. الأحوط التصالح فی فرضَی حصول الربح وعدمه . (الحائری). * الخارج عن وضع المضاربه لو کان الاستئذان بالاُجره، لا بالتبرّع . (المرعشی).

۴- ۴. أی عمله المذکور الخارج عن وضع المضاربه . (البروجردی).

۵- ۵. وکان بأمر المالک . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۶- ۶. لا فرق فی ما هو المهمّ فی المقام . (الکوه کَمَری).

۷- ۷. بل لأنّ ارتفاع القيمه لا يُملّک، وفعليّته فی الخارج لا يمکن . (الفانی).

المالک(۱) المفروض(۲) عدمها.

ودعوی: أنّه لابـدّ أن یقـال: إنّه یملکه آنـاً مـا ثمّ ینعتق، أو بقـدر ملکیّته؛ حفظـاً لحقیقه البیع علی القولین فی تلک المسأله، وأیّ منهما کان یکفی فی ملکیّه الربح، مدفوعه(۳) ، بمعارضتها بالانعتاق الّذی هو أیضاً متفرّع علی ملکیّه المالک، فإنّ لها أثرین فی عرض واحد: ملکیّه العامل للربح، والانعتاق، ومقتضـی بناء العتق علی التغلیب تقدیم الثانی؛ وعلیه فلم یحصل للعامل ملکیّه نفس العبد، ولم یفوّت المالک علیه أیضاً شـیئاً، بل فعل ما یمنع عن ملکیّته، مع أنّه یمکن(۴) أن یقال: إنّ التفویت من الشارع(۵) ، لا منه، لکنّ الإنصاف أنّ المسأله مشـکله؛ بناءً علی لزوم تقـدّم ملکیّه المالک وصـیرورته للعامل بعده؛ إذ تقدّم الانعتاق علی ملکیّه العامل عند

ص: ۲۶۲

---

۱ - ۱. مع أنّه لاـ ربـح فی هـذه المعـامله للمالـک حتّی تکون مضـاربهً وتکون حصّه منهللعامل . (عبـدالله الشـیرازی). * وتلقّی العامـل سـهمه منه . (المرعشـی). * بـل لأـنّ هـذه المعامله لم یربـح المالک فیها لتکون حصّه منه للعامل . (الخوئی). * مجرّد ملکیّه المالـک لاـ یؤثّر، بل لابـدّ أن یربـح المالک حتّی یثبت حصّ‍یته للعامل،وهـذه المعامله وإن کانت رابحهً إلّا أنّ المالک لم یربح فیها، وکفایه هذا المقدار فیثبوت الحصّه للعامل محلّ إشکال ونظر . (حسن القمّی).

۲ - ۲. بناءً علی کون مفاد عقـد المضاربه تلقّی العامل ملک الربح من المالک، وفیهاإشـکال، وسیُشِ‍یر إلیه المصـنّف أیضاً، ولقد أشار إلیه سابقاً . (آقاضیاء).

۳- ۳. وکذا لو کانت مسلّمه لمکان الانعتاق المبنیّ علی التغلیب . (المرعشی).

۴- ۴. فی إسناد التفویت إلیه نظر بعد کون الضمان أثر الشراء المأذون فیه . (المرعشی).

۵- ۵. التفویت منه بإذنه، لا من الشارع . (کاشف الغطاء).

المعارضه فی محلّ المنع(۱) .

نعم، لو قلنا: إنّ العامل(۲) یملک الربح أوّلاً ـ بلا ـ توسّط ملکیّه المالک بالجعل الأوّلی حین العقد، وعدم منافاته لحقیقه المعاوضه، لکون العوض من مال المالک والمعوّض مشترکاً بینه وبین العامل کما هو الأقوی(۳) لا یبقی إشکال، فیمکن أن یقال(۴) بصحّته(۵) مضاربهً، وملکیّه العامل حصّته

ص: ۲۶۳

---

۱ - ۱. لا ـ وجه للمنع بعد کونه ملکیّه العامل مترتّبه علی ربح المالک فی المعامله .(الخوئی). * الظاهر تقدّم أدلّه العتق؛ لأنّ شرط ملکیّه العامل شیئاً ممّن ینعتق علی المالکبعنوان الربح مخالف للسنّه، فلا تشمله أدلّه الشروط . (محمّد رضا الگلپایگانی).
* فی المنع نظر، مع فرض عدم الربح للمالک، فحصول حصّته للعامل محلّ نظر .(حسن القمّی).

۲ - ۲. وذلک هو العمده، وإلّا فیمکن استفاده أقوائیّه العتق عن سبب الملک من مواردحکمهم بالسرایه، والتقویم علی المعتِق . (آقاضیاء).

۳ - ۳. تقدّم أنّ الأقوی خلافه . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی، الخوئی). * قد مرّ أنّه مشکل . (الإصطهباناتی). * بل الأقوی خلافه؛ لِما تقدّم من أنّ المعوَّض یدخل فی ملک مَن خرج عنهالعوض؛ لأن هذا معنی المعاوضه، وإلّا یکون من کلّ واحدٍ من الطرفَین ــ أی مالکالعوض، ومالک المعوَّض ــ هبه بلا عوض أصلًا . (البجنوردی). * لا قوّه فیه أصلًا . (الفانی). * وقد مرّ فی بعض الحواشی السابقه أنّ ذلک موافق لاعتبار المضاربه . (الخمینی). * قد تقدّم الإشکال فیه . (المرعشی). * وقد مرّ أنّ الأقوی خلافه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴ - ۴. فیه إشکال . (السبزواری).

۵ - ۵. فیه إشکال، بل منع . (عبدالهادی الشیرازی).

من(۱) نفس العبد على القول بعدم السرایه، وملکیّته عوضها إن قلنا بها.

وعلى الثانی ــ أی إذا کان من غیر إذن المالک ــ فإن أجاز فکما فی صوره الإذن(۲) ، وإن لم یجز بطل الشراء. ودعوى البطلان ولو مع الإجازه؛ لأنّه تصرّف منهیّ عنه کما ترى؛ إذ النهی لیس عن المعامله بما هی، بل لأمرٍ خارج، فلا مانع من صحّتها مع الإجازه، ولا فرق فی البطلان مع عدمها بین کون العامل عالماً بأنّه ممّن ینعتق على المالک حین الشراء، أو جاهلاً(۳) .

والقول بالصحّه مع الجهل؛ لأنّ بناء معاملات العامل على الظاهر فهو کما إذا اشترى المَعِیب جهلاً بالحال ضعیف، والفرق بین المقامین واضح(۴) .

۱- ۱. مشکل غایه الإشکال، مع فرض أنّ المالک لم یربح فی المعامله . (حسن القمّی).

۲- ۲. إلّا أنّ العامل هنا لا یستحقّ شیئاً . (الحائری). * لکنّ العامل فی هذه الصوره لا یستحقّ اُجره العمل فیما استحقّ على تقدیرالإذن . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. بالموضوع، أو الحکم، أو کلیهما . (الإصفهانی).

۴- ۴. لأنّ مبنى عمل المضاربه بالنسبه إلى العیب الجَرى على المجرى المتعارف منإحراز عدمه ولو بالطرق الظنّیه والعمل على أصل الصحّه، أخطأ أو أصاب، فیکونمورد تعیّب المبتاع واقعاً مع جهل العامل بالحال ممّا شمله إذن المالک، فیصحّشراوه، ولا یحتاج إلى الإجازه، بخلاف المقام فإنّ معرضیّته للانعتاق ممّا لا یُلتَفَتإلیه غالباً، ولم یکن من المتعارف للتجاره حتّى شمله إذن المالک فی صوره کونهکذلک واقعاً، بل کثیراً ما لا یتخیّله أصل فتتوقّف صحّته حینئذٍ على إجازته . (الإصفهانی). * أمّا أوّلاً فلأنّ الظاهر فی الأشیاء وإن کان هو الصحّه وإمکان إحرازها بأماره أوبأصاله الصحّه، ویکون متعارفاً فی التجارات فیشملها إذن المالک المضارِب لکنلیس الظاهر فی الممالیک أنّه ممّن لا ینعتق على المالک المضارِب . وثانیاً : أنّ فیالمعیب لا تَرِدُ خساره على المالک لأجل خیار العیب، بخلاف المقام .(الإصطهباناتی).

ثمّ لا فرق فى البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربه، أو فى الذمّه(۱) بقصد الأداء منه وإن لم يذكره لفظاً. نعم، لو تنازع هو والبائع فى كونه لنفسه أو للمضاربه قُدِّم قول البائع(۲) ، ويلزم العامل به ظاهراً وإن وجب عليه: التخلّص(۳) منه، ولو لم يذكر المالك لفظاً(۴) ولا قصداً(۵) كان له ظاهراً وواقعاً.

شراء العامل من ينعتق عليه

(مسأله ۴۵) : إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممّن ينعتق عليه: فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صحّ الشراء، وكان من مال القراض، وإن كان بعد ظهوره، أو كان فيه ربح فمقتضى القاعده(۶) وإن كان بطلانه(۷) لكونه

۱- ۱. أى ذمّه المالک، أمّا لو اشتراه بذمّه نفسه _ أى العامل _ فلا انعتاق، ولو نوى أداءهمن مال المضاربه؛ إذ لا أثر للنيّه هنا، ولا يجوز أن يودّيه منه . (كاشف الغطاء). * على القول بصحّته . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ۲. فيه تأمّل . (مهدى الشيرازى). * مرّ الكلام فيه . (الخمينى).

۳- ۳. بردّه إليه . (المرعشى).

۴- ۴. ولو بالقرينه . (المرعشى).

۵- ۵. ولو ارتكازاً وانصرافاً . (الخمينى). * ولو بالارتكاز المخزون . (المرعشى).

۶- ۶. فى كون البطلان مطلقاً مقتضى القاعده تأمّل . (اللنكرانى).

۷- ۷. بل لا يبعد القول بأنّ مقتضى قاعده المضاربه أيضاً الصحّه، مع كون الربح بينهما،والخساره على العامل، ويكون العامل مُتلِفاً لمال المضاربه بالشراء المفروض وعليهعوضه، كما إذا أتلفه غير العامل، أو العامل بغير الشراء . (محمّد رضا الگلپايگانى).

خلاف وضع المضاربه فإنّها موضوعه، كما مرّ(۱) ؛ للاسترباح بالتقليب فی التجاره، والشراء المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، إلّا أنّ المشهور، بل اُدّعی عليه الإجماع(۲) صحّته، وهو الأقوی فی صوره الجهل بكونه ممّن ينعتق عليه، فينعتق مقدار حصّيته من الربح منه، ويسری فی البقيّه، وعليه عوضها(۳) للمالک مع يساره، ويستسعی العبد فيه مع إعساره(۴) ؛ لصحيحه ابن أبی عمير، عن محمّد بن قيس، عن الصادق عليه السلام: فی رجلٍ دفع إلی رجلٍ ألف درهم مضاربهً، فاشتری أباه وهو لاـ يعلم، قال عليه السلام: «يُقَوَّم، فإن زاد درهماً واحداً انعتق، واستسعی فی مال الرجل»(الوسائل: الباب (۸) من أبواب كتاب المضاربه، ح۱.)، وهی مختصّه(۵) بصوره الجهل المنزَّل عليها إطلاق كلمات العلماء أيضاً، واختصاصها بشراء الأب لا يضرّ بعد كون المناط؛ لكونه ممّن ينعتق عليه. كما أنّ اختصاصها بما

---

۱ - ۱. مجرّد ذلک لاـ ينافی الصحّه فی المقام؛ لأنّه أيضاً مقتضٍ لاسترباح المالک من مالهولو ببدل ما أعتق علی العامل مع يساره، بل ومع استرباح العامل أيضاً وإن استتبعالانعتاق عليه، ومجرّد ذلک لاـ ينافی وضع باب المضاربه، وحينئذٍ فلا بأس بالمصيرإلی الصحّه مطلقاً لولا قيام الإجماع، أو مفهوم الروايه علی خلافه . (آقاضياء).

۲ - ۲. معقده سعی العبد فی باقی قيمته مطلقاً، سواء كان العامل مُوسِراً أم مُعسِراً، لكنّالكلام فی كون هذا الاتّفاق إجماعاً مصطلحاً بعد التصريح، أو الإشاره من جُلِّالمتّفقين إلی مستند الحكم . (المرعشی).

۳- ۳. لا دليل عليه، بل الظاهر عدم الفرق بين يَسارِه وإعسارِه . (الخوئی).

۴- ۴. بل مطلقاً؛ لإطلاق الخبر . (الحائری).

۵- ۵. الظاهر عدم الفرق بين الصورتَين؛ لِما مرّ من أنّ الصحّه مطابقه لقاعده المضاربه .(محمّد رضا الگلپايگانی).

إذا كان فيه ربح لا يضرّ أيضاً بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق، وإطلاقها من حيث اليسار والإعسار فى الاستسعاء أيضاً منزَّل على الثانى(۱) ؛ جمعاً(۲) بين الأدلّه(۳) .

هذا، ولو لم يكن ربح سابق، ولا كان فيه أيضاً لكن تجدّد بعد ذلك قبل أن يباع فالظاهر أنّ حكمه(۴) أيضاً الانعتاق والسرايه بمقتضى القاعده(۵) ، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحه أيضاً للربح المتجدّد(۶) فيه، فيلحق به الربح(۷) الحاصل من غيره(۸) ؛ لعدم الفرق.

أحكام الفسخ والانفساخ فى عقد المضاربه

(مسأله ۴۶) : قد عرفت أنّ المضاربه من العقود الجائزه(۹) ، وأنّه يجوز(۱۰) لكلٍّ منهما الفسخ إذا لم يشترط(۱۱)

۱- ۱. محلّ تأمّل . (الخمينى).

۲- ۲. فيه تأمّل . (حسن القمّى).

۳- ۳. لا دليل على ضمان العامل مع يساره فى مفروض الكلام، والدليل على التفصيليختصّ بعتق الشريك حصّته من العبد اختياراً . (الخوئى).

۴- ۴. فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط، وكذا فى الربح السابق . (الحائرى).

۵- ۵. فى كون ذلك بمقتضى القاعده إشكال، بل منع، نعم، لا يبعد شمول الصحيحهللمقام . (الخوئى).

۶- ۶. الصحيحه ظاهره أو صريحه فى الربح المتجدّد، وشمولها للربح السابق غيرمعلوم، وإلّا فلا وجه للتقويم . (كاشف الغطاء).

۷- ۷. فى الإلحاق إشكال، بل منع بعد عدم شمول النصّ لذلك . (الخوئى).

۸- ۸. من أعيان المضاربه بازدياد قيمتها . (المرعشى).

۹- ۹. وقد مرّ معنى جوازها . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۱۰- ۱۰. أى يكون فسخها نافذاً . (الفيروزآبادى).

۱۱- ۱۱. اشتراط لزوم المضاربه وإن كان فى عقدٍ لازم لا يجعلها لازمه؛ لأنّ ما يكون ف حقيقته الجواز لا ينقلب إلى اللزوم بالشرط . (الفانى). * قد مرّ الإشكال فيه بكلّى قسمَى الاشتراط . (المرعشى). * الأقوى بطلان شرط لزومها؛ لاشتمالها على الوكاله، وهى تأبى عن اللزوم، سواء كان الشرط فى ضمن عقدها أم عقدٍ آخر . (محمّد رضا الگلپايگانى). * قد مرّ أنّ اشتراط اللزوم باطل، سواء كان فى ضمن عقدٍ لازم، أم فى ضمنعقدها، إلّا إذا كان المشروط عدم تحقّق الفسخ خارجاً . (اللنكرانى).

لزومها(۱) فی ضمن عقدٍ(۲) لازم(۳) ، بل أو(۴) فی ضمن عقدها(۵)

۱- ۱. أی عدم إنشاء فسخها . (الفیروزآبادی). * قد مرّ حکم صوره الشرط سابقاً . (الحائری). * علی ما تقدّم من التفصیل . (صدرالدین الصدر). * ماهیه المضاربه بحسب اعتبار العقلاء لا تقبل اللزوم، فشرط لزومها باطل، سواءکان فی ضمن عقدها، أم عقدٍ آخر، والتفصیل لا یسعه المقام . (البروجردی). * فی صحّه اشتراط لزومها نظر، نعم، یصحّ اشتراط عدم الفسخ . (مهدی الشیرازی). * قبولها اللزوم مع اشتراطه مطلقاً، سواء کان فی ضمن عقدٍ لازمٍ، أم فی ضمنعقده محلّ تأمّل وإشکال . (أحمد الخونساری). * شرط لزومها باطل علی الأقوی وإن لم یکن مبطلاً، وقد مرّ جواز شرط عدمالفسخ وحکمه . (الخمینی). * قد تقدّم منّا أنّ اشتراط لزوم العقد الجائز باطل؛ لأنّه خلاف المقرّر الشرعیّ . (تقیالقمّی). * مرّ أنّه لا یجوز شرط لزومها بنحو شرط النتیجه . (الروحانی).

۲- ۲. مرّ الکلام فیه . (عبدالله الشیرازی).

۳- ۳. أی عدم فسخها علی ما تقدّم . (السبزواری).

۴- ۴. تقدّم أنّه لا یجدی ولزمه . (جمال الدین الگلپایگانی)

۵- ۵. فیه تأمّل . (الفیروزآبادی). * قد عرفت الإشکال فیه . (الکوه کَمَری). * لا ـ یتصوّر فائده لاشتراط اللزوم فی عقد المضاربه نفسها، بل لا معنی لاشتراطاللزوم فی کلّ عقدٍ جائز، ولا یصیر بذلک لازماً أصلاً، فتدبّرهُ . (کاشف الغطاء). * تقدّم أنّ الشرط فی ضمن العقود الجائزه ومنها المضاربه لا ـ یوجب لزوم الوفاء به .(البجنوردی). * تقدّم أنّه لا یجدی لزومه . (النائینی). * تقدّم الإشکال فیه . (محمّد الشیرازی). * مرّ الإشکال فیه . (السبزواری). * مرّ الإشکال فیه، نعم، اشتراط عدم فسخها فی ضمن عقدٍ آخر لا إشکال فیه .(حسن القمّی).

أيضاً(۱) ، ثمّ قـد يحصل الفسـخ من أحـدهما، وقـد يحصل البطلان والانفساخ لموتٍ، أو جنونٍ، أو تلف مال التجاره بتمامها، أو لعـدم إمكـان التجـاره لمـانعٍ، أو نحو ذلـك فلابـدّ من التكلّم فی حكمها من حيث اسـتحقاق العامل للأُجره وعـدمه، ومن حيث وجوب الإنضاض عليه وعدمه إذا كان بالمال عروض(۲) ، ومن حيث وجوب الجبايه عليه

وعدمه إذا كان به دُيُون على الناس، ومن حيث وجوب الردّ إلى المالک وعدمه، وكون الأُجره عليه، أو لا.

ص: ۲۶۹

۱- ۱. قد تقدّم الإشكال فيه . (الإصطهباناتی). * مرّ الكلام فيه . (الخوئی). * تقدّم أنّه لا يجوز شرط اللزوم فی ضمن عقدها، ولو بنحو شرط الفعل، أی عدمالفسخ . (الروحانی).

۲- ۲. ومن حيث وجوب تمكين المالک إيّاه من الإنضاض إذا كان هو المطالب له،وعدمه . (البروجردی).

فنقول: إمّا أن يكون الفسخ من المالک، أو العامل، وأیضاً : إمّا أن یکون قبل الشروع فی التجاره، أو فی مقدّماتها، أو بعده قبل ظهور الربح، أو بعده فی الأثناء، أو بعد تمام التجاره بعد إنضاض الجمیع أو البعض، أو قبله، قبل القسمه، أو بعدها(۱) .

بیان أحکام المضاربه :

اشاره

وبیان أحکامها فی طیّ مسائل :

الاُولی: کون الفسخ قبل الشروع فی العمل

الاُولی : إذا کان الفسخ(۲) أو الانفساخ ولم یشرع فی العمل ولا فی مقدّماته فلا إشکال، ولا شیء له ولا علیه، وإن کان بعد تمام العمل والإنضاض فکذلک؛ إذ مع حصول الربح(۳) یقتسمانه، ومع عدمه لا شیء للعامل، ولا علیه إن حصلت خساره، إلّا أن یشترط(۴) المالک(۵) کونها

ص: ۲۷۰

۱- ۱. بناءً علی ما تقدّم منه، وقد عرفت ما هو الأقوی . (صدرالدین الصدر). * بعد القسمه لا تبقی مضاربه حتّی تکون مورداً للفسخ . (الإصطهباناتی). * بعد القسمه لا تبقی مضاربه حتّی یصحّ ورود الفسخ علیها . (البروجردی). * قسمه الکلّ ظاهره فی رفع الید عن المضاربه، وهذا هو الفسخ . (الفانی). * بعد قسمه البعض، وأمّا بعد قسمه التمام فلا یبقی موضوع للفسخ . (الخمینی). * هذا سهو من قلمه الشریف؛ إذ بعد القسمه لا مضاربه حتّی تُفسَخ . (المرعشی). * بناءً علی عدم تمامیّه المضاربه بها . (السبزواری). * أی بعد قسمه البعض . (اللنکرانی).

۲- ۲. لفظه « کان » تامّه، أی حصل . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. وبقائه إلی حین القسمه . (الحائری).

۴- ۴. إن کان المراد من الاشتراط کون الخساره بینهما وضعاً لا یصحّ؛ لأنّه خلافالمقرّر الشرعیّ . (تقی القمّی).

۵- ۵. فیه تفصیل تقدّم فی المسأله (۴). (السبزواری).

بينهما(۱) على الأقوى(۲) من صحّه(۳) هذا الشرط(۴) ، أو يشترط(۵)

۱- ۱. مرّ تفصيله . (الخمينى).

۲ - ۲. تقـدّم أنّ الأقوى خلافه . (النـائينى، جمـال الـدين الگلپايگـانى). * على الـوجه المتقـدّم فى المسـأله الرابعه . (مهـدى الشيرازى). * قد مرّ فى المسأله الرابعه . (حسن القمّى).

۳- ۳. فى لزوم الشرطين تأمّل، بل فى صحّه الشرط الأوّل، كما مرّ . (الفيروزآبادى). * وقد مرّ ضعفه . (الإصفهانى). * قد عرفت أنّ الأقوى خلافه . (الكوه كَمَرى). * ضعيف، وكذا الشرط الثانى . (أحمد الخونسارى).

۴- ۴. قد مرّ الإشكال فيه . (الحائرى). * قد عرفت أنّ الأقوى عدم صحّته، وهكذا فى ما يليه . (صدرالدين الصدر). * وقد مرّ الإشكال فيه . (الإصطهباناتى). * وقد مرّ ضعفه، بل وكذا الشرط الثانى . (البروجردى). * تقدّم فى المسأله الرابعه أنّ هذا الشرط على خلاف مقتضى العقد، فهو باطل إلّاعلى الوجه الّذى تقدّم هناك . (البجنوردى). * مرّ الكلام فيه . (عبدالله الشيرازى). * قد تقدّم الإشكال فى الصحّه . (المرعشى). * فيه تفصيل قد تقدّم . (الخوئى). * وقد مرّ الإشكال فى صحّته . (محمّد رضا الگلپايگانى). * تقدّم أنّ الأظهر صحّه شرط تدارك العامل الخساره من كيسه، وعدم صحّه شرطكون الخساره أو بعضها عليه . (الروحانى). * قد مرّ أنّ الأقوى هو البطلان، إلّا إذا كان مرجع الشرط إلى لزوم التدارك من ماله .(اللنكرانى).

۵- ۵. إذا كان المراد شرط الفعل يكون جائزاً . (تقى القمّى). * بنحو شرط الفعل . (اللنكرانى).

العامل(۱) على المالک شیئاً(۲) إن لم یحصل ربح، وربّما یظهر من إطلاق بعضهم ثبوت اُجره المثل مع عدم الربح، ولا وجه له(۳) أصلاً(۴) ؛ لأنّ بناء المضاربه على عدم استحقاق العامل(۵) لشیء سوى الربح على فرض

۱- ۱. فیه إشکال، إلّا أن یَؤُول هذا الشرط إلى إعطاء المالک شیئاً له بلا عوض، کماتقدّم نظیره سابقاً، وکذا الشرط الأوّل لا یخلو من إشکال . (المرعشی). * هذا أیضاً مشکل، نعم، إذا اشترط إعطاءه شیئاً من ماله مجّاناً على هذاالتقدیر فلا یبعد وجوب الوفاء علیه، وإن کان الشرط فی ضمن عقدالمضاربه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. أی إعطاء شیءٍ له . (الخمینی).

۳- ۳. بل له وجه لما سنشیر إلیه . (المرعشی).

۴- ۴. ذلک تمام فی الفسخ، بمعنى إبطال المضاربه من الحین برجوعه عن المعاملهوإذنه؛ فإنّ مقتضاه لیس رجوع الأعمال السابقه، فتبقى غیر مضمونٍ إلى حینإبطالها بلا استحقاقه الاُجره على أعماله السابقه، وأمّا لو کان المراد بالفسخ فیالمقام معنى الفسخ فی باب الإجاره من حلّ العقد : فإن کان متعلّقاً بالنسبه إلیالأعمال الآتیه بناءً على تصوّر التبعیض فی الفسخ ــ کما أشرنا إلیه فی باب الإجاره ــ فالأمر کما تقدّم، وأمّا لو لم نقل بالتبعیض فیه وقلنا بأنّ مرجع فسخه إلى حلّ تمامالعقد ولو من الحین فیلزم فی الحین من الحکم بانعدام تمام العقد، ولازمه رجوع کلّعوضٍ إلى صاحبه حتّى الأعمال السابقه، ومرجعه حینئذٍ إلى قلب الأعمال السابقهالمضمونه بالربح إلى کونها مضمونهً بغیره من العوض الواقعیّ، ومجرّد إقدامهعلى العمل فی قبال الربح التقدیریّ وفاءً بعقد المضاربه لا یوجب هتک عملهبقولٍ مطلقٍ، کما لا یخفى . (آقاضیاء). * إن ثبت بناء العقلاء على المجّانیّه مع عدم حصول الربح . (السبزواری).

۵- ۵. بل بناؤها على أمرٍ وجودیٍّ، وهو استحقاقه الربح على تقدیر حصوله؛ وعلیهحیث إنّه لم یکن متبرّعاً بعمله فله اُجره المثل، وإن أخطأ فی زعمه وجود الربح،فکم فرق بینها وبین الجعاله . (المرعشی).

حصوله، کما فی الجعاله.

الثانیه: إذا کان الفسخ قبل حصول الربح

الثانیه : إذا کان الفسخ من العامل فی الأثناء قبل حصول الربح فلا اُجره له لما مضی من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعده الاحترام لا وجه له(۱) أصلاً، وإن کان من المالک أو حصل الانفساخ القهریّ ففیه قولان، أقواهما العدم(۲) أیضاً(۳) ، بعد کونه هو المُقدِم علی المعامله الجائزه الّتی مقتضاها عدم استحقاق شیءٍ إلّا الربح، ولا ینفعه بعد ذلک کون إقدامه من حیث البناء علی الاستمرار..

الثالثه: کون الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالک

الثالثه : لو کان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالک وصرف جمله من رأس المال فی نفقته فهل للمالک تضمینه مطلقاً، أو إذا کان لا لعذرٍ منه؟ وجهان، أقواهما العدم(۴) ؛ لِما

۱- ۱. بل لا یخلو من وجهٍ وإن لم یکن وجیهاً . (الفیروزآبادی). * علی تفصیلٍ تقدّم فی الاُولی . (السبزواری).

۲- ۲. مع التفات العامل إلی احتمال فسخ المالک، وإلّا فلا یخلو من تأمّل، خصوصاً فیصوره اقتراح المالک . (مهدی الشیرازی). * فیه إشکال، خصوصاً مع عدم العذر . (عبدالله الشیرازی). * إذا کان السفر لا لعذرٍ یشکل الحکم بالعدم، والاحتیاط لا یُترک . (الروحانی).

۳- ۳. بل الثبوت ولحاظ حکم المعامله مقدَّم علی لحاظ الإقدام، فالتعلیل دوریّ .(الفیروزآبادی). * إذا لم یکن مغروراً . (محمّد الشیرازی).

۴ - ۴. فیما کان لا لعذر . (الفیروزآبادی). * مشکل جدّاً مع عدم العذر؛ لأنّ استحقاقه لنفقه السفر قد ثبت بالنصّ، وشمولإطلاقه له بعید . (البروجردی). * بل مشکل إذا کان الفسخ لا لعذر . (مهدی الشیرازی). * فی القوّه إشکال، والاحتیاط لا یُترک . (الخوئی). * لا یُترک الاحتیاط . (السبزواری). * مشکل إذا کان الفسخ لا لعذر . (حسن القمّی). * فیه إشکال؛ لعدم وضوح شمول إطلاق النصّ لهذه الصوره، خصوصاً مع عدمالعذر . (اللنکرانی).

ذُکِر(۱) من جواز المعامله، وجواز الفسخ فی کلّ وقت، فالمالک هو المُقدِم(۲) علی ضرر نفسه.

الرابعه: حصول الفسخ قبل حصول الربح وبالمال عروض

الرابعه : لو حصـل الفسـخ أو الانفسـاخ قبـل حصول الربـح وبالمال عروض لا یجوز للعامل التصـرّف فیه بـدون إذن المالک ببیعٍ ونحوه، وإن احتمل تحقّق الربـح بهذا البیع(۳) ، بل وإن وُجِـد زبون(۴) یمکن أن یزیـد فی الثمن فیحصل الربـح، نعم، لو کان هناک زَبُون(الزَبُون: جمعه زُبُن وزُبُونات وزبائن: المشتری فی لغه أهل البصـره، ومنه الزَبون عنـد المولّـدین،وهو الّذی یتردّد فی الشـراء علی بائع واحـد. ولم نعثر علی معنی لهـذه الکلمه من کتب اللغهالمعتبره سوی ما فی المنجد فی اللغه: ۲۹۴، (ماده زَبَن).) بانٍ علی الشراء بأزید من قیمته لا یبعد

ص: ۲۷۴

۱- ۱. فی إطلاقه تأمّل . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. فی إطلاقه إشکال . (المرعشی).

۳- ۳. مع هذا الاحتمال لا یبعد جواز مطالبته ربّ المال بتمکینه من البیع والإنضاض .(البروجردی).

۴- ۴. أی راغب فی شـراء السلعه، والحقّ أنّه متی وُجِدَ راغِبٌ وکانت الرغبه قبل الفسخاستحقّ العامل نصیبه من الربح . (کاشف الغطاء).

جواز إجبار المالک على بیعه منه؛ لأنّه فى قوّه(۱) وجود الربح(۲) فعلًا(۳) ، ولکنّه مشکل(۴) مع ذلک؛ لأنّ المناط(۵) کون الشیء فی حدّ نفسه(۶) زائدَ

ص: ۲۷۵

۱- ۱. هذا التعلیل علیل؛ لأنّ المفروض زوال المضاربه، وحدوث الربح بعدها بتجارهٍجدیدهٍ فی مال المالک . (الفانی).

۲- ۲. بـل علی هـذا الفرض أیضاً لیس له إجباره، نعم، له بیع حقیقته وطلب القیمه؛ بناءًعلی کونه شـریکاً مع المالک بعـد ظهور الربح . (عبدالله الشـیرازی). * مقتضـی التعلیل حصول الشـرکه بمقدار حصّته؛ بناءً علی حصولها فی موارد ظهورالربح، کما هو المشـهور ومختـار الماتن قـدس سـره ؛ وعلیه فیجوز له بیع ذلک المقـدار من دونمراجعه المالک، ولا وجه لجواز إجباره، إلّا أن یقـال : إنّ المنـاط فی حصول الشـرکهغیر المنـاط فی جواز الإجبار، وإنّه لابـدّ فی الأوّل من أن یکون الشـیء فی حـدّ نفسـهزائد القیمه، وفی الثـانی وجود الراغب الباذل لأزیـد منها؛ وعلیه فلا یبقی مجالللإشـکال؛ معلّلًا بعـدم وجود المناط، کما فی المتن . (اللنکرانی).

۳- ۳. بل مع فعلیّه الربح أیضاً لا دلیل علی الاجبار؛ لأنّه حینئذٍ یکون من الشریکفیجری علیه حکمه . (السبزواری).

۴- ۴. والأقرب عدم جواز إجباره . (صدرالدین الصدر). * بل ممنوع، سواء وجد زبون أم کان الشـیء فی حدّ نفسه قیّماً، نعم، له بیع حصّتهلشرکته مع المالک بعد ظهور الربح . (الخمینی).

۵- ۵. بل المناط کونه فی معرض البیع لتحصـیل الربح، سواء کان من جهه زیاده القیمهالسوقیّه أم وجود زَبون . (المرعشی). * کونه مناطاً غیر معلوم . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. هـذا هو المنـاط فی اشتراکه مع المالـک فی نفس العروض، وأمّـا اسـتحقاقه لتحصـیلالربح المالی منها، الّـذی هو الغرض الأقصـی من المضـاربه فمنـاطه کونهـا معرضـاً لهبـالبیع، سـواء کـان لأجـل زیـاده قیمتهـا السـوقیّه، أم لوجـود الراغب الشخصـیّ، فالأقویعدم الفرق بینهما . (البروجردی).

القیمه، والمفروض عدمه(۱) ، وهل یجب علیه البیع والإنضاض إذا طلبه المالک، أو لا؟ قولان، أقواهما(۲) عدمه(۳) .

ودعوی أنّ مقتضی قوله علیه السلام: «علی الید ما أخذت حتّی تودّی»(الخلاف للطوسی: ۳/۴۰۹، غنیه النزوع: ۲۸۹، مسند أحمد: ۵/۸، ۱۳، سنن الدارمی: ۲/۲۶۴،سنن ابن ماجه: ۲/۸۰۲، المستدرک للحاکم النیسابوری: ۲/۴۷.) وجوب ردّ المال إلی المالک کما کان، کما تری(۴) .

الخامسه: حصول الفسخ بعد حصول الربح وبالمال عروض

الخامسه : إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض: فإن رَضِیا بالقسمه کذلک فلا إشکال، وإن طلب العامل بیعها فالظاهر عدم وجوب(۵) إجابته(۶)

۱- ۱. بل علی هذا الفرض أیضاً لیس له إجباره، نعم، له بیع حصّته وطلب القسمه؛ بناءًعلی کونه شریکاً مع المالک بعد ظهور الربح . (الإصفهانی).

۲- ۲. الأقوائیّه ممنوعه . (اللنکرانی).

۳- ۳. بل الأقوی الوجوب؛ فإنّه المعهود المتعارف، وربّما لا یقدر المالک علی بیعهوإنضاضه . (الشریعتمداری). * إن لم یکن تعارف علی الخلاف . (السبزواری).

۴- ۴. إذ الثابت منه أصل وجوب ردّ المأخوذ، أمّا لزوم الردّ علی ما کان علیه منالأوصاف ففیه إشکال . (المرعشی).

۵- ۵. لا یبعد الوجوب . (أحمد الخونساری). * إذا منعه من إعطاء حصّته من العروض . (عبدالله الشیرازی). * لکنّه یجب علی المالک تخلیص العروض عن حقّ العامل . (الفانی).

۶- ۶. لا یبعد الوجوب، کما مرّ . (البروجردی). * الوجوب غیر بعید، خصوصاً فی ما احتمل الربح . (الشریعتمداری).

وإن احتُمِل(۱) ربح فيه، خصوصاً إذا كان هو الفاسخ. وإن طلبه المالك ففی وجوب إجابته وعدمه وجوه، ثالثها التفصيل بين صوره كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، وبين عدمه فيجب(۲) ؛ لأنّ اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان؛ عملاً بقوله عليه السلام: «على اليد»(۳) ، والأقوى(۴) عدم(۵) الوجوب(۶)

ص: ۲۷۷

۱- ۱. الأحوط الإجابه مع احتمال حصول الربح قبل البيع . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- ۲. هذا هو الأقوى، لكن لو رضی المالک بعد الفسخ بقسمه العروض بلا إنضاضيسقط وجوبه، وتستقرّ ملكيّه العامل للربح بالقسمه على الأقوى . (النائينی،جمال الدين الگلپايگانی). * ولكن لو رضی المالک بعد الفسخ بقسمه العروض سقط وجوبه عن العامل .(صدرالدين الصدر).

۳- ۳. ضعّف قدس سره الاستدلال به قبل ذلک . (الفيروزآبادی).

۴- ۴. والأحوط الإجابه، لا للتمسّک بقوله صلى الله عليه و آله: « على اليد ما أخذت ...»(الانتصار للمرتضی : ۳۱۷ ، ۴۶۸ ، الخلاف للطوسی : ۳/۲۲۸ ، مسند أحمد : ۵/۸ ، سنن الدارمی :۲/۲۶۴ ، السنن الكبرى للبيهقی : ۸/۲۷۶.) إلى آخره؛فإنّه أجنبیّ عن المقام، بل لقوّه احتمال أن يكـون ذلک من لوازم المضاربه عرفاًبحيث يكون الإقدام عليها ملازمةً للتعهّد على الإنضاض، وتسليم رأس المال بعدالإتمام، أو الفسخ، أو الانفساخ . (محمّد رضا الگلپايگانی). * الأقوائيّه ممنوعه . (اللنكرانی).

۵- ۵. لا قوّه فيه . (أحمد الخونساری).

۶- ۶. لكن يجب على المالک تخليص العروض عن حقّ العامل . (الفانی). * لاحتمال الوجوب وجه، وهو التمسّک بكون الإنضاض من اللوازم العرفيّهالعقلائيّه للمضاربه، فالملتزم بالملزوم ملتزم بلوازمه الشرعيّه والعرفيّه . (المرعشی).

مطلقاً(۱) ، وإن كان استقرار ملكيّه العامل للربح موقوفاً(۲) على الإنضاض(۳) ، ولعلّه تحصل الخساره بالبيع؛ إذ لا منافاه، فنقول :لا يجب عليه الإنضاض بعد الفسخ؛ لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخساره بعده قبل القسمه بل أو بعدها(۴) يجب(۵) جبرها(۶)

ص: ۲۷۸

۱- ۱. لا قوّه فيه . (البروجردی). * بل الوجوب أقوی . (الشریعتمداری). * هذا الإطلاق مشکل، ویمکن الاختلاف باختلاف الموارد . (السبزواری).

۲- ۲. بل موقوفاً علی الفسخ، کما عرفت، فیکون المال الموجود مشترکاً بین العاملوالمالک، ولا ربط له بأحکام المضاربه . (صدرالدین الصدر). * مرّ المیزان فی حصول استقرار ملکیّه العامل . (الخمینی).

۳- ۳. الأقوی عدم التوقّف علی الإنضاض، کما اختاره الماتن سابقاً . (الحائری).

۴- ۴. فیه إشکال . (الفیروزآبادی، المرعشی). * تقدّم أنّ الظاهر الاستقرار بالفسخ والقسمه . (مهدی الشیرازی). * لا یخفی ما فی الالتزام بعدم وجوب الإنضاض، وتوقّف الاستقرار علیه منالتنافی، وتقدّم ما هو الأقوی فی ذلک . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * الظاهر الاستقرار بالقسمه إذا رضیا بها بلا إنضاض . (محمّد رضا الگلپایگانی). * هذا الفرع مبنیّ علی ما مرّ فی المسأله (۳۵). (السبزواری). * تقدّم منه الاستقرار بالفسخ والقسمه، فبعدهما لا یجبر . (حسن القمّی). * إلّا إذا کانت فی القسمه دلاله عرفیّه علی الفسخ، فیحصل الاستقرار حینئذٍ، کماعرفت فی بعض الحواشی السابقه . (اللنکرانی).

۵- ۵. فی وجوب الجبر إشکال؛ لعدم الدلیل علیه . (تقی القمّی).

۶- ۶. لا وجه لوجوب جبر الخساره بالربح لو حصلت بعد الفسخ وبعد القسمه؛ لِما بیّنّامن استقرار ملکیّه العامل لحصّته من الربح بعدهما . (البجنوردی). * لا جبران بعد القسمه . (الفانی). * فیه إشکال، ولاسیّما إذا کانت الخساره بعد القسمه . (الخوئی).

بالربح(۱) ، حتّى أنّه لو أخذه يستردّ منه.

السادسه: لو كان فی المال ديون على الناس

السادسه : لو كان فی المال ديون على الناس فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ، أم لا؟ وجهان، أقواهما(۲) العدم(۳) ،

---

۱ - ۱. مع حصول الخساره بعد حصول الانفساخ لاـ وجه للجبران . (أحمد الخونساری). * بناءً على ما عرفت من تماميّه المضاربه بالفسخ، وعدم وجوب الإنضاض لاـوجه لتوقّف استقرار الملك عليه، وجبر الخساره بعد الفسخ قبل القسمه أو بعدهابالربح . (الروحانی).

۲ - ۲. الأـقوائيّه بإطلاقها ممنوعه، بل لو كان الفسخ من العامل فلاـ يبعد وجوب الجبايه .(جمال الدين الگلپايگانی). * فی الأـقوائيّه إشكال، بل منع؛ إذ بناء عقد المضاربه على إتمام الأمر وإيصال مالالمالك إليه فلاـ يجوز له إرجاع المالك إلى المديونين . (تقی القمّی). * لاـ قوّه فيه، بل الأـحوط لو لم يكن أقوى الوجوب، خصوصاً فيما إذا كان الفسخمن العامل . (اللنكرانی).

۳- ۳. الأقوائيّه بإطلاقها ممنوعه، بل لو كان الفسخ من العامل فلا يبعد وجوب الجبايه .(النائينی). * فيه إشكال . (الإصفهانی، عبدالهادی الشيرازی). * فيه إشكال، خصوصاً إذا كان الفاسخ هو العامل . (الإصطهباناتی). * لا قوّه فيه، بل لعلّ الوجوب لا يخلو من قرب . (البروجردی). * إلّا إذا كان الفسخ من العامل فإنّ الأـحوط له جبايتها، بل هو الأقوى إذا كان الدَينلا بإذن المالك . (مهدی الشيرازی). * فی القوّه نظر ومراعاه الاحتياط أولى إن لم يكن واجباً . (البجنوردی). * فيه إشكال، ولا يُترك الاحتياط، خصوصاً إذا كان الفسخ من العامل . (عبداللهالشيرازی). * بل الأقوى الوجوب . (الشريعتمداری). * فيه إشكال، والوجوب إن لم يكن أقوى فهو أحوط . (الخوئی). * والأـحوط الجبايه؛ لما مرّ فی الإنضاض . (محمّـد رضا الگلپايگانی). * مشكل، فلاـ يُترك الاحتياط . (السبزواری). * فيه نظر . (حسن القمّی). * إذا كان الدَين بإذن المالك . (الروحانی).

من غير فرقٍ(۱) بين أن يكون الفسخ من العامل(۲) أو المالک.

السابعه: قيام الوارث مقام المالک أو العامل فيموتها

السابعه : إذا مات المالک أو العامل قام(۳) وارثه مقامه(۴) في

ص: ۲۸۰

۱- ۱. في كونه أقوى نظر . (محمّد الشيرازي).

۲- ۲. لكن لا ينبغي ترک الاحتياط، خصوصاً في هذه الصوره . (الخميني).

۳- ۳. الظاهر أنّه لا موضوع للانتقال بالإرث، لا بالنسبه إلى الحكم التكليفيّ،ولا الوضعي، فلابدّ في فرض موت أحدهما أو كليهما من العمل على طبقالموازين الشرعيّه . (تقي القمّي).

۴- ۴. فيما له من الأموال والحقوق، وأمّا ما عليه من الحقوق فلا؛ كما إذا مات العاملوقلنا بوجوب الإنضاض عليه مع مطالبه المالک . (البروجردي، عبدالله الشيرازي). * لكن يشكل البناء على جواز بيع الوارث للعامل؛ لارتفاع الإذن بالموت، اللهمّ إلّاأن يكون ذلک من باب الحقّ، لا من جهه الإذن . (الشريعتمداري). * فيما له من الأموال والحقوق، وأمّا في ما وجب عليه فلا . (الخميني). * في إطلاقه إشكال، بل منع، وإنّما المنتقل إلى الوارث هو المال، أو الحقّ القابلللانتقال دون غيرهما . (الخوئي). * في ما للميّت من الحقوق . (حسن القمّي).

ما مرّ من الأحكام(۱) .

الثامنه: وجوب التخليه بين المالک وماله على العامل

الثـامنه : لاـ يجب على العامل بعـد حصول الفسـخ أو الانفساخ أزيـد من التخليه(۲) بين المالـک ومـاله، فلا يجب(۳) عليه(۴) الإيصال(۵) إليه(۶) ، نعم، لو أرسله إلى بلدٍ آخر غير بلد المالك ولو كان بإذنه يمكن دعوى وجوب الردّ(۷) إلى بلده(۸) ،

ص: ۲۸۱

۱- ۱. أى الأحكام الّتى تتعلّق بعـد الانفساخ . (الفيروزآبادى). * بل فى ما للميّت من الحقوق، لا فى ما كان عليه من الأعمال . (مهدى الشـيرازى). * فى ما له، وأمّا ما عليه فتخرج من تركته . (المرعشى). * بل فى ما له من الأموال والحقوق، وأمّا ما عليه من الأـموال والحقوق المـاليّهفيودّى من التركه . (محمّـد رضـا الگلپايگانى). * إلّا إذا كانت من الأحكام الثابته عليه، لا له، فإنّه حينئذٍ لا وجه للثبوت عليالوارث . (اللنكرانى).

۲ - ۲. صـدق الأـداء الّـذى هو مـدلول فى جميع الموارد على مجرّد التخليه لا يخلو منتأمّل، بل منع، فالمـدار على ما صـدق عليه الأداء عُرفاً . (صدرالدين الصدر).

۳ - ۳. الـواجب على العامـل العمـل بمـا يكـون مقتضـى عقـد المضـاربه بحسـب مـا هوالمتعـارف . (تقى القمّى). * والأـحوط الإيصال، خصوصاً لو كان فى بلدٍ آخر . (اللنكرانى).

۴- ۴. والأحوط الإيصال؛ لما مرّ . (محمّـد رضا الگلپايگانى). * بل الأحوط الايصال، خصوصاً إذا كانت التخليه وحدها موجبةً للخطر عليالمال . (محمّد الشيرازى).

۵- ۵. وجوبه لا يخلو من قوّه . (عبدالهادى الشيرازى).

۶- ۶. محلّ تأمّل، نعم، إذا احتاج الإيصال إلى الاُجره كانت على المالك . (البروجردى).

۷- ۷. وهو الأحوط، خصوصاً إذا كان الفسخ من العامل . (مهدى الشيرازى).

۸- ۸. الظاهر صحّه هذه الدعوى . (الخوئى).

لكنّه(۱) مع ذلک مشکل(۲) ، وقوله علیه السلام: «علی الید ما أخذت»(الانتصار للمرتضی: ۳۱۷، ۴۶۸، الخلاف للطوسی: ۳/۲۲۸، مسند أحمد: ۵/۸، سنن الدارمی۲/۲۶۴، السنن الکبری للبیهقی: ۸/۲۷۶.) أیضاً لا یدلّ(۳) علی أزید من التخلیه(۴) ، وإذا احتاج الردّ إلیه إلی الاُجره فالاُجره علی المالک، کما فی سائر الأموال.

نعم، لو سافر به بدون إذن المالک إلی بلدٍ آخر وحصل الفسخ فیه یکون حاله حال الغاصب فی وجوب الردّ(۵) والاُجره، وإن کان ذلک منه للجهل بالحکم الشرعیّ من عدم جواز السفر بدون إذنه.

فروع کون الربح وقایه لرأس المال

(مسأله ۴۷) : قد عرفت أنّ الربح(۶) وقایه لرأس المال، من غیر فرقٍ بین

۱- ۱. الأحوط وجوبه، خصوصاً إذا کان الفسخ من العامل . (حسن القمّی).

۲- ۲. لکنّه غیر بعید . (البجنوردی). * بل ممنوع، وأمّا ما ذکره من الوجه فغیر وجیه . (الخمینی). * فی غیر ما جرت العاده علی الإیصال إلی البلد . (السبزواری).

۳- ۳. الأولی أن یقال : إنّ عموم « علی الید » لا یدلّ علی أزید من الضمان، ولا یدلّعلیحکم الردّ تکلیفاً، نعم، فی رفع الضمان یحتاج إلی الإیصال المساوق لعنوانالأداء، ولا یکفی فیه التخلیه، وحینئذٍ فلا یکون موضوع الحکم التکلیفی إلّا إخراجالمال عن حیطه استیلائه ومن تحت سلطنته، وفی هذا المقدار یکفی مجرّد التخلیهورفع الید، کما لا یخفی . (آقاضیاء).

۴- ۴. فی إطلاقه تأمّل . (الإصطهباناتی).

۵- ۵. یعنی الردّ إلی المالک، وأمّا الردّ إلی مکان الغصب فلا دلیل علیه . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۶- ۶. قد عرفت فی المسأله (۳۵) أنّه إذا اقتسما الربح کان المال عروضاً، أو ناضّاً بعد الفسخ أو قبله علی نحو قسمه الإخراج فلا یکون الربح الخارج بالتقسیم وقایهًلرأس المال، وهذا الحکم جارٍ فی مورد إخراج المالک بعضاً من رأس المال؛ إذالمضاربه تکون بالنسبه إلیه سالبهً بانتفاء الموضوع؛ لأنّه لا یتصوّر معنیً معقولللبقاء المضاربه وخروج بعض المال عن عنوانها . ومن الواضح أنّ استرداد المالکبعض رأس المال أو هو مع الربح إذا لم یکن بعنوان الاستقراض من رأس المالیکون إخراجاً له لهذا المال عن المضاربه بما هی إذن فی الاسترباح بالمال،وتشریک فی الربح مع العامل . ومن هذا البیان یظهر النظر فی الفروع المذکورهفی هذه المسأله، وأنّ الحقّ مع مَن قال بأنّ الربح اللاحق لا یجبر مقدارالخسران الوارد علی المقدار المأخوذ من المال . وقد قلنا باشتراط کون هذاالإخراج لا علی نحو الاستدانه . (الفانی).

أن يكون سابقاً على التلف، أو الخسران، أو لاحقاً، فالخساره السابقه تُجبَر بالربح اللاحق، وبالعكس، ثمّ لا يلزم أن يكون الربح حاصلاً من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخساره واردةً على المجموع، فلو اتّجر بجميع رأس المال فخسر ثمّ اتّجر ببعض الباقى فربح يُجبَر ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتّجر بالبعض فخسر ثمّ اتّجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقى فربح، ولا يلزم(١) فى الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربه حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخساره(٢) والتلف مطلقاً ما دام لم يتمّ(٣)

ص: ٢٨٣

١- ١. بل يلزم؛ إذ مع انتهاء عقد المضاربه لا موضوع للجبر وغيره، بل تستقرّ ملكيّه كلٍّمنهما فى حصّته، فلاحظ . (تقى القمّى).

٢- ٢. قد تقدّم أنّ الربح إنّما يكون جابراً إذا كانت المضاربه باقيه، ومع عدم بقائها قداستقرّت ملكيّه كلٍّ من المالك والعامل، ولا وجه للجبر . (الخوئى).

٣- ٣. بل ما دام لم تستقرّ ملكيّه العامل للربح، وقد عرفت سابقاً ما تستقرّ به .(الإصفهانى). * بل ما لم يستقرّ حقّ العامل بالقسمه معه . (مهدى الشيرازى). * بل ما دام لم تستقرّ ملكيّه العامل، وقد مرّ ملاك الاستقرار . (الخمينى). * بل ما لم يستقرّ ملكيّه العامل للربح . (حسن القمّى).

عمل(۱) المضاربه(۲) . ثمّ إنّه يجوز(۳) للمالک أن يستردّ بعض مال المضاربه فی الأثناء، ولکن تبطل بالنسبه إليه(۴) ، وتبقى بالنسبه(۵) إلى البقيّه، وتُکوّن رأس المال، وحينئذٍ فإذا فرضنا أنّه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبه إلى رأس

۱- ۱. بل وما لم تستقرّ ملکيّه العامل بالنسبه إلى الربح . (المرعشی).

۲- ۲. وإن حصل الفسخ . (الفيروزآبادی). * بل مادام لم يحصل الفسخ والقسمه، وإن حصلا تستقرّ ملکيّه العامل وإن لم يتمّعمل المضاربه . (البجنوردی). * بل ما لم يستقرّ الربح للعامل، وقد مرّ ما به يستقرّ . (محمّد رضا الگلپايگانی). * أی لم تستقرّ ملکيّه العامل على حصّته، الملازم، ذلک لانتهاء عمل المضاربهعرفاً . (السبزواری).

۳- ۳. ما حکم به من الجواز وما يترتّب عليه مترتّب على الانحلال، وهو خلافالقاعده الأوليّه، ولا دليل عليه، ولا فرق من هذه الجهه بين العقود الجائزه واللازمه،وصفوه القول : إنّ الانحلال لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، واحتمال جوازالتبعيض فی الفسخ محکوم بعدم المشروعيّه بالاستصحاب، اللهمّ إلّا] أن يُقال :[(ما بين المعقوفتين أضفناه لکی يستقيم السياق .) إنّالمجتهد يجزم بالجواز بکونه مسلماً، وأنّى لنا بذلک؟ ! والاحتياط لا يُترک . (تقیالقمّی).

۴- ۴. فی الجمله بحيث لا ينافی الجبران الخسران بالنسبه إليه فی ما بعد . (السبزواری).

۵- ۵. التبعيض لا يخلو من شوب الإشکال، فلا يُترک الاحتياط . (المرعشی).

المال مقـداراً من البقيّه ثمّ اتّجر العامل بالبقيّه أو ببعضـها فحصل ربح يكون ذلك الربح جابراً(۱) للخسران(۲) أو التلف السابق بتمامه(۳) ،

---

۱ - ۱. لا۔ معنی لجبران الخسـران بالنسـبه إلی السـابق، بـل یکون بالنسـبه إلی البقیّه . (أحمـدالخونساری). * لا مجال للجبر بعد فرض بطلاـن المضاربه بالنسـبه إلی المقـدار الّـذی أخـذه المالک،فإنّ مرجعه إلی اسـتقرار الخسـران والتلف بالإضافه إلی ذلک المقدار . (اللنکرانی).

۲ - ۲. لا وجه لجبر الخسران السابق بربح البقیّه، وکذا الخسران اللّاحق بربح السابقبعد أن فسخ المضاربه، أو انفساخها بالنسبه إلی المقـدار المأخوذ . (عبـدالله الشـیرازی). * بعـد تسـلیم انفساخ المضاربه بالنسـبه إلی ما أخذه المالک وتمامیّتها بالإضافه إلیهلا وجه لانجبار سهم المأخوذ من الخسران بربح البقیّه فیما بعد . (الروحانی).

۳ - ۳. انفسـاخ المضاربه بالنسـبه إلی ما أخـذه المالک وبقاوها بالنسـبه إلی البقیّه_ کما اعترف به _ مسـتلزم لعـدم انجبار سـهم المأخوذ من الخسـران بربـح البقیّهفی ما بعـد، وکـذا العکس؛ إذ المضاربه فیه بعـدُ ما تمّت وهی خاسـره، أو رابحهلا تنقلب عمّا تمّت علیه، فیسـتقرّ خسـرانها علی المالک إن کانت خاسره،ولا یکون ربحها وقایهً لشیءٍ إن کانت رابحه، بخلافها فی البقیّه فإنّها لبقائهالا یتعیّن لأحدهما إلّا بالاختتام . (البروجردی). * الأوجه ما علیه الشیخ فی محکیّ مبسوطه (المبسوط للطوسی : ۳/۲۰۱.) وتبعه المحقّقون وفصّل العلّامه فیالتـذکره والقواعـد (تـذکره الفقهاء (ط . ق): ۲/۲۴۸ ، قواعـد الأحکام : ۲/۲۴۲ _ ۲۴۴.) فی المسـألتین؛ لأـنّ المضـاربه بالنسـبه إلی المـأخوذ صارتبـاطلهً، والبقیّه رأس المال، ولیس خسـران الجمیع خسـراناً للبقیّه، ولا ربحه ربحها،فلابدّ من التکسـیر علی التمام والحساب بالنسـبه، فراجع القواعد وشـرحها (إیضاح الفوائد : ۲/۳۲۴.). (الخمینی). * فیه إشکال . (المرعشی). * الظاهر أنّه لایجبر بربح الباقی خساره السابق، ولا بربح السابق خساره الباقی،کما عن المحقّق قدس سره وغیره . (محمّد الشیرازی). * فیه إشکال . (حسن القمّی).

مثلاً(۱) إذا كان رأس المال مائهً فتلف منها عشره أو خسر عشره وبقى تسعون، ثمّ أخذ المالك من التسعين عشره، وبقيت ثمانون، فرأس المال تسعون، وإذا اتّجر بالثمانين فصار تسعين فهذه العشره الحاصله ربحاً تجبر تلك العشره، ولا يبقى للعامل شيء، وكذا(۲) إذا أخذ المالك بعدما حصل الربح مقداراً(۳) من المال، سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح(۴) ، أو من غير قصدٍ إلى أحد الوجهين ثمّ اتّجر العامل بالباقى أو

ص: ۲۸۶

۱- ۱. الظاهر أنّ المرتكز فى الأذهان استقرار الربح والخساره فى المقدار المستردّبنفس الاسترداد، الموجب لانفساخ المضاربه بالفرض، فالأقوى ما عن المحقّقوغيره تبعاً للشيخ . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ۲. مقتضى ما مرّ فى الحاشيه السابقه عدم جبر الخسران بتمام الربح السابق، بليكون ما أخذه المالك مشتملاً على نصيبه من الربح، وتستقرّ المضاربه بالإضافهإليه، فللعامل أيضاً حصّته، ويشترك بمقدارها فى الباقى؛ بناءً على القول بصيرورتهشريكاً، وهذا لا فرق فيه بين الصور الثلاث أصلاً . (اللنكرانى).

۳- ۳. فيه إشكال، ولا تبعد تماميّه عمل المضاربه بالإضافه إلى المقدار المأخوذ، فلايجبر خسران الباقى بربحه . (الخوئى). * بعد تماميّه عمل المضاربه بالنسبه إلى المقدار المأخوذ _ كما هى الأظهر _ لاوجه لجبر خسران الباقى بربحه، وبما ذكرناه ظهر الحال فى بقيّه المسأله .(الروحانى).

۴- ۴. فيه لابدّ من ردّ سهم العامل ممّا أخذه من الربح إليه، لانفساخ المضاربه فى ماأخذه من رأس المال، فاستقرّ ملك العامل فى حصّيته من ربحه بعد توزيع الربحالحاصل على المأخوذ من رأس المال وعلى البقيّه، ومثله الحكم فى ما أخذه منغير قصد . (البروجردى).

ببعضه فحصل خسران أو تلف يُجبَر بالربح السابق بتمامه(۱) ، حتّى المقدار الشائع(۲) منه فی الّذی أخذه المالک، ولا یختصّ الجبر بما عداه حتّی یکون مقدار حصّه العامل منه باقیاً له، مثلاً إذا کان رأس المال مائهً فربح عشرهً، ثمّ أخذ المالک عشره، ثمّ اتّجر العامل بالبقیّه فخسر عشره أو تلف منه عشره یجب جبره بالربح السابق، حتّی المقدار الشائع منه فی العشره المأخوذه، فلا یبقی للعامل من الربح السابق شیء.

وعلی ما ذکرنا فلا وجه(۳) لِما ذکره(۴) المحقّق(۵)

ص: ۲۸۷

۱- ۱. بل لا یکون ربح الباقی جابراً إلّا لسهمه من الخسران؛ لأنّ المضاربه بالنسبه إلیالمأخوذ قد تمّت خاسره، واستقرّت خسارته علی المالک، کما أنّها لو ربحت فأخذالبعض بربحه ثمّ خسر الباقی لا یجبر خسارته بالربح المأخوذ فیما حکاه عنالمحقّق قدس سره وعن بعضهم فی المثالَین هو الصواب . (مهدی الشیرازی).

۲- ۲. وعلی ما مرّ من استقرار الربح بالاسترداد فالمستردّ لا محاله مشتمل علیما فیه نصیب المالک من الربح، من غیر فرقٍ بین الصور الثلاث، ویستقرّبمقداره من الربح ویملکه العامل، ویجب الردّ علیه، ومع عدم الردّ یبقی فیرأس المال بنحو الاشتراک . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. بل لعلّه الأوجه . (اللنکرانی).

۴- ۴. هذه المسأله لا تخلو من الإشکال . (الکوه کَمَری). * لعلّ المحقّق قدس سره ومَن تبعه یری بطلان المضاربه بالنسبه إلی المأخوذ مطلقاً ومنکلّ جهه، وغیره من الأعلام یرون البطلان من جهه خاصّه فقط، ویمکن الاختلافباختلاف القرائن والمقامات، فیصیر النزاع لفظیّاً حینئذٍ . (السبزواری).

۵- ۵. ما ذکره المحقّق لا یخلو من قوّه؛ فإنّ قسمه الربح لازمه، ولیست مراعاهً، بل آ ناجزه نافذه، والجبران إنّما یکون فی الربح الموجود، لا الّذی صار معدوماً .(کاشف الغطاء). * المسأله محلّ تأمّل وإشکال، وإن کان ما ذکره المحقّق أقرب إلی الصواب .(الشریعتمداری). * بل هو الأقرب بعد استلزام الأخذ بطلان المضاربه بالنسبه إلی المأخوذ، وکونرأس المال البقیّه عرفاً، فلا یرجع خسران تمام المال أو تلفه إلی خسران البقیّهو تلفها، وکذا ربحه إلی ربحها . (المرعشی).

وتبعه(جامع المقاصد: ۸/۱۳۵ _ ۱۳۸، جواهر الكلام: ۲۶/۴۰۳، مسالک الأفهام: ۴/۳۹۶.) غيره(۱) من أنّ الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الّذى ورد على العشره المأخوذه؛ لبطلان المضاربه بالنسبه إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح، فرأس المال الباقى بعد خسران العشره فى المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقلّ منه بمقدار حصّه خساره العشره المأخوذه وهو واحد وتُسُع، فيكون رأس المال الباقى تسعين إلّا واحداً وتُسُع، وهى تسعه وثمانون إلّا تُسُع.

وكذا لا ـ وجه لِما ذكره بعضهم فى الفرض الثانى: أنّ مقدار الربح الشائع فى العشره الّتى أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وأنّ حصّه العامل

ص: ۲۸۸

۱- ۱. بل هذا الّذى ذكره الشيخ وتبعه المحقّق وغيره هو الصواب؛ فإنّ المائه بعدماصارت بالخسران تسعيناً كان كلّ عشرهٍ من التسعين ــ وهى تسعها فى الأصل ــإحدى عشره وتُسُعاً، وهى تِسعُ المائه، وقد تنزّلت بالخسران إلى عشره، فإذا أخذالمالك عشرهً من التسعين كان كأنّه أخذ إحدى عشره وتُسُعاً من المائه؛ لانفساخالمضاربه فى العشره، واحتساب سهمها من الخسران عليه وهو واحد وتُسُع، فتبقيفى البقيّه من المائه، وهى ثمان وثمانون وثمانيه أتساع . (البروجردى).

منه يبقى له ويجب على المالك ردّه إليه، فاللازم فى المثال المفروض عدم بقاء ربحٍ للعامل بعد حصول الخسـران المذكور، بل قد عرفت(۱) سابقاً(۲) أنّه لو حصل ربح واقتسماه فى الأثناء وأخذ كلٌّ حصّته منه ثمّ حصل خسران أنّه يستردّ من العامل مقدار مـا أخـذ، بـل ولو كان(۳) الخسـران بعـد الفسـخ(۴) قبـل القسـمه، بـل أو بعـدها(۵) إذا اقتسـما العروض وقلنـا بوجـوب(۶) الإنضاض(۷)

ص: ۲۸۹

۱- ۱. قد مرّ الكلام والإشكال فى الإضرابَين . (عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. لا يخفى عدم تماميّه الاستشهاد بذلك . (مهدى الشيرازى).

۳- ۳. وقد عرفت الإشكال فيه . (الإصفهانى). * فيه إشكال، كما عرفت . (أحمد الخونسارى).

۴- ۴. مرّ الكلام فيه . (الخمينى). * تقدّم أنّه لا يتدارك الخُسران بعد الفسخ بالربح السابق مطلقاً، حتّى قبل القسـمه .(الخوئى). * مرّ الإشكال فيه . (حسن القمّى).

۵ – ۵. قـد تقـدّم الكلام عليه . (البروجردى). * تقـدّم آنفـاً وفيمـا سـبق أنّ الخسـران الحاصـل بعـد الفسـخ والقسـمه لا ـ يجبر بالربحالسابق عليهما . (البجنوردى). * قسـمه الكلّ ظاهره فى رفع اليـد عن المضاربه، وهذا هو الفسخ، بل تقسـيم الربحكذلك ناضّاً أم عروضاً إذا كان على نحو قسـمه إخراج المورد للمضاربه . (الفانى). * قد مرّ أنّ الظاهر هو الاسـتقرار بالقسمه إذا رضيا بها بلا إنضاض . (محمّد رضاالگلپايگانى). * قد مرّ الكلام فيه . (اللنكرانى).

۶- ۶. تقدّم ضعف القول به بعد أن رضى المالك بقسمه العروض . (النائينى، جمال الدينالگلپايگانى).

۷- ۷. فيه إشـكال، مع رضا المالك بقسـمته العروض . (الإصطهباناتى).. * القول بوجوبه على العامل بعد الفسخ والقسمه برضا المالك ضـعيف . (البجنوردى). * مرّ أنّه لا إشـكال فى عدم وجوبه فى هذاالفرض، ثمّ إنّ ظاهر كلامه أنّ تداركالخسـران هنا منوط بوجوب الإنضاض على العامل، وقـد تقدّم منه عدم وجوبه . (الخوئى). * قد مرّ عدم وجوبه فى هذا الفرض . (الروحانى).

على العامل، وإنّه من تتمّات المضاربه.

أحكام المضاربه الفاسده

(مسأله ۴۸) : إذا كـانت المضـاربه فاسـدةً: فإمّـا أن يكون مع جهلهمـا بالفساد، أو مع علمهما، أو علم أحـدهما دون الآخر، فعلى التقادير الربـح بتمامه(۱) للمـالك(۲) لإذنه(۳) فى التجـارات وإن كـانت مضـاربته بـاطله، نعـم، لـو كـان(۴) الإذن مقيّـداً بالمضاربه(۵) توقّف ذلك على إجازته، وإلّا فالمعاملات

ص: ۲۹۰

---

۱ - ۱. تقـدّم تفصـيل الكلام فيه من أنّ الفسـاد فى بـاب المضـاربه ينشـأ تارةً من تخلّفالشـروط المعتبره فيها، واُخرى من تخلّف الشـروط زائده عنها، المذكوره فى ضمنالعقد، واختلاف الأثر فى ذلك، واحفَظْ ذلك فإنّه ينفعك فى كثيرٍ من الموارد الآتيه .(صدرالدين الصدر).

۲- ۲. فيه إشكال وتفصيل ذكرناهما فى (الفقه). (محمّد الشيرازى).

۳- ۳. لا مجال للاستناد إلى الإذن؛ فإنّه أمر إنشائىّ يحتاج إلى الإنشاء، والمفروض أنّالإنشاء تعلّق بالمضاربه المفروض بطلانها . نعـم، إذا كـان المالـك راضـياً يمكـن أن يقالبصـحّه عقـد العامـل، بتقريـب أنّ الرضـا البـاطنىّ يكفى فى صـحّه العقـود ولـو لم تكنمسـبوقةً بالإذن أو الوكاله، والظاهر أنّ السـيره العقلائيّه جاريه عليها بلا ردعٍ منالشارع، ويؤيّد المدّعى إن لم يدلّ عليه مكاتبه الحميرى (قرب الإسناد للحميرى : ۲۶۲ ، ح ۱۰۳۷). (تقى القمّى).

۴- ۴. كما هو الظاهر فى كلّ إذنٍ حصل بتوسيط إنشاء عقدٍ من العقود . (آقاضياء).

۵- ۵. على سبيل وحده المطلوب . (المرعشى).

الواقعه باطله، وعلی عـدم التقیّـد أو الإجازه(۱) یستحقّ(۲) العامل(۳) مع جهلهمـا لاُجره(۴) عمله(۵) ، وهل یضـمن عوض ما أنفقه فی السفر علی نفسه لتبیّن عدم استحقاقه النفقه، أو لا؛ لأنّ المالک(۶)

ص: ۲۹۱

۱- ۱. لا یخلو من إشکال . (أحمـد الخونساری). * اسـتحقاق الاُجره مع تقیّد الإذن بالمضاربه لا وجه له ولو مع الإجازه، نعم، لوکان العمل بأمره بتخیّل الصحّه فعلیه اُجره المثل، ولو مع عدم الإجازه إن کان ممّا لهاُجره . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. قـد ظهر ممّـا ذکرنـا أنّه لاـ وجه لاسـتحقاق العامل؛ إذ المفروض أنّ المالک لم یأذنله، بل غایه ما فی الباب کونه راضـیاً، ومجرّد الرضا بعمل الغیر لا یقتضی الضمان،کما هو ظاهر لمن یکون عارفاً بالصناعه . (تقی القمّی).

۳- ۳. إذا قیّد الإذن بالمضاربه الصـحیحه ففی اسـتحقاق العامل اُجره مثل عمله ولو معجهلهما وإجازه المالک لاحقاً إشکال، بل لا یبعـد المنع . (عبـدالهادی الشـیرازی). * فی اسـتحقاقه لها مع تقیّد الإذن بالمضاربه الصـحیحه نظر، حتّی فی صوره جهلها،أو جهل العامل بالفساد . (المرعشی).

۴- ۴. إذا کان الفساد من جهه شـرط کون تمام الربح للمالک فلیس له اُجره عمله، وفیغیر هذه الصوره إن کانت اُجره مثل عمله أکثر من الحصّه فالأحوط فی مقدارالزیاده التصالح . (حسن القمّی).

۵- ۵. إذا لم تکن أزید من الحصّه المقرّره له من الربح، وإن کان الأحوط فی هذهالصوره أیضاً إعطاء اُجره مثل عمله . (الفانی). * فی هـذه وأمثالهـا ممّـا سـیأتی لاـ یبعـد أن یکون مقتضـی القاعـده أنّ للعـاملحقّه المتعـارف، المنصـرف عرفاً فی مثل تلک المضاربه؛ لأنّه الأصل المنصرفإلیه الإطلاق عرفاً، إلّا ما خرج بدلیل، ولکن مع ذلک الاحتیاط بالمصالحهلا ینبغی ترکه . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. التعلیل صحیح، فلا وجه للحکم بالضمان . نعم، الصلح خیر . (الفانی).

سلّطه على الإنفاق مجّاناً؟ وجهان، أقواهما(۱) الأوّل(۲) ،

۱- ۱. بل لا يخلو الثانى من قوّه . (اللنكرانى).

۲- ۲. بل الثانى مع الإذن فى السفر، كما هو المفروض . (الفيروزآبادى). * أقوائيّته ممنوعه، بل الثانى لا يخلو من قوّه . (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * بل لا- يبعد الأوّل مع التقييد والإجازه، ومع عدم التقييد الثانى لا يخلو من قوّه،وهذا التفصيل جارٍ فى التلف والنقص . (عبدالهادى الشيرازى). * بل الثانى لا يخلو من قوّه؛ لما ذكره فى المتن، ولقاعده « ما لا يُضمَن بصحيحه لايُضمَن بفاسده »(المغنى لابن قدامه : ۶/۱۴۶ ، إيضاح الفوائد لابن العلّامه : ۴/۳۴۷ ، جامع المقاصد للكركى :۴/۶۱.). (البجنوردى). * بل لا يبعد الأوّل مع التقييد والإجازه، والثانى مع عدم التقييد، وهذا التفصيل جارفى التلف والنقص . (عبدالله الشيرازى). * بل الأقوى عدم الضمان؛ فإنّه وإن لم تجرِ قاعده « ما لا يُضمَن بصحيحه لا يُضمَنبفاسده » فى المقام؛ لعدم كون النفقه مورداً للعقد إلّا أنّ ملاك القاعده يجرى فيها،وهو الإذن والتسليط على إتلاف ماله مجّاناً . (الشريعتمدارى). * بل أقواهما الثانى فيما إذا أذن المالك فى الإنفاق مجّاناً، كما فى فرض عدمالتقييد . (الخوئى). * الظاهر أنّ الإذن فى السفر يستلزم الإذن فى الإنفاق ولو بتخيّل الصحّه؛ وعليهفالأقوى هو الثانى . (محمّد رضا الگلپايگانى). * وربّما يفصل بين ما إذا كانت المضاربه قيداً للتسليط فله العوض، أو كانت علىنحو الداعى فلا، وهو أحوط . (محمّد الشيرازى). * مقتضى إقدامهما على المجّانيّه عدم الضمان، والأحوط التراضى . (السبزوارى). * فيه إشكال . (حسن القمّى). * بل أقواهما الثانى، مع إذن المالك فى الإنفاق مجّاناً . (الروحانى).

ولا يضمن(١) التلف والنقص. وكـذا الحـال إذا كـان المالـك عالمـاً دون العامـل فـإنّه يسـتحقّ الاُجره(٢) ، ولاـ يضـمن التلف والنقص، وإن كانا عالِمَين أو كان العامل عالِماً دون المالك فلا اُجره(٣) له(۴) ؛

ص: ٢٩٣

---

١ - ١. مـا أفـاده من عـدم الضـمان هنا يناقض ما أفاده آنفاً من الضـمان؛ فإنّ كِلا الموردَينمن وادٍ واحـد، والحقّ هو الضـمان هنا أيضاً، وصفوه القول : إنّ الميزان صحّهالمضاربه وعدمها، ومقتضى القاعده الأوليّه عدم ضمان المالك في صوره الفساد،وضمان العامـل في صوره تلف العين، إلّـا أن تقوم السـيره المتّصـله بزمـانهم عليهمصـلوات الله، والاحتياط طريق النجاه، وبما ذكرنا تظهر موارد النظر في كلامه عليه السلام إلى آخر المسأله . (تقي القمّي).

٢- ٢. على الشرط المذكور آنفاً . (الفاني).

٣- ٣. لا يخلو من إشكال . (جمال الدين الگلپايگاني).

۴- ۴. لاـ يخلو من إشـكال . (النـائيني). * فيه تأمّل، بل الأقوى اسـتحقاقه الاُجره، أي اُجره المثل، من غير فرقٍ بين علمهبالفساد وجهله بذلك، ضـروره أنّه غير متبرّع بعمله مطلقاً . (صدرالدين الصدر). * بل الأقرب اسـتحقاقه للاُجره، كما عن المشـهور . (مهدي الشـيرازي). * بل له اُجره المثل مع عدم التقييد، وأمّا مع التقييد وجهل المالك دون العامل لايبعدعدم استحقاق الاُجره . (عبدالهادي الشيرازي). * علمه بعدم صحّته شرعاً لا يستلزم تبرّعه بالعمل وإهداءَه إلى المالك بحسب بنائهالعرفيّ، فعدم الفرق بين العلم والجهـل ـــ كمـا هو المشـهور ـــ لاـ يخلو من قوّه . (عبداللهالشـيرازي). * بـل له اُجره المثل؛ فإنّه ليس متبرّعاً بالعمل، ومجرّد علمه بعـدم صـحّته شـرعاً لايـدلّ على ذلـك؛ فـإنّ المعاملاـت واقعه بنظر العرف، ولا تأثير للعلم بالحكم الشـرعيّفي تغيير المعنى العرفيّ . (الشـريعتمداري). * إذا اسـتند عمـل العامل إلى الأمر الاستيفائيّ من المالك فيسـتحقّ العامل اُجرهعمله، إلّا مع قصـد التـبرّع، راجع المسـأله (٢٣). (الفـاني). * اسـتحقاقه للاُـجره في هـذه الصـوره أيضـاً لاـ يخلـو مـن وجـهٍ إذاحصـل الربح بمقـدارٍكان سـهمه مساوياً لاُجره المثل أو أزيـد، ومع عـدم الربـح أو نقصان سـهمه عنها فمععلمه بالفساد لا يبعد عدم اسـتحقاق الاُـجره مع عـدم الربـح، وعـدم اسـتحقاقه الزيـادهعن مقـدار سـهمه مع النقصـان ومع جهله به، فالأحـوط التخلّص بالصـلح، بل لا يُتركالاحتيـاط مطلقـاً . (الخميني). * فيه إشـكال، بل منع؛ فإنّ العلم بفساد المعامله شـرعاً لا يسـتلزم الإقـدام على العملمجّاناً . (الخوئي). * بل له اُجره المثل، وقـد مرّ غير مرّهٍ أنّ العلم بالفساد لا يسـتلزم التبرّع والإقـدام بلاعوض، هـذا واضح في صوره عدم التقيد، وأمّا في صوره التقييد وعلم العامل فلعدماسـتحقاقه الاُجره وجه موجّه . (المرعشي). * إن كان إذن المالك مقيّداً بصحّه المضاربه، وإلّا فمجرّد علم العامل بالبطلان لايسـتلزم التبرّع، وعـدم اسـتحقاق الاُجره . (محمّـد رضا الگلپايگاني). * فيه نظر . (حسن القمّي). * العلم بعدم الصحّه لا يستلزم تبرّعه بالعمل، فله اُجره المثل . (الروحاني).

لإقدامه(۱) على العمل(۲) . . . .

۱- ۱. إقدامه على العمل مع علمه بعدم صحّه المعامله لا يجعله مُقدِماً على العمل مجّاناً،واحترام عمل المسلم لا يسقطه إلّا الإقدام على المجّانيّه . (كاشف الغطاء).

۲- ۲. قد مرّ مِراراً أنّ الإقدام على العمل بعنوان الوفاء بعقد المضاربه ولو فاسده بحكمإقدامه من قبل أمر غيره الموجب لتضمينه، كما هو الشأن فی الإجاره الفاسدهبالنسبه إلی أعمال الأجير (كذا فی الأصل، وفی عبارات التعليقه بعض إبهام .). (آقاضياء). * لو كان ذلک مساوقاً عرفاً للتبرّع والمجّانيّه . (السبزواری). * التعليل لا يقتضی إلّا عدم استحقاق الحصّه المجعوله، ولا دلاله فيه على عدماستحقاق الاُجره مطلقاً، ولا منافاه بينه وبين العلم بالفساد، نعم، فی صوره عدمحصول الربح، أو كون حصّته منه أقلّ من الاُجره لا تبعد دعوى عدم الاستحقاقمطلقاً، أو بالإضافه إلى خصوص الزياده . (اللنكرانی).

مع علمه(۱) بعدم صحّه المعامله، وربّما يحتمل(۲) فی صوره علمهما أنّه يستحقّ حصّته من الربح من باب الجعاله(۳) .

وفيه: أنّ المفروض عدم قصدها(۴) ، كما أنّه ربّما يحتمل استحقاقه اُجره المثل إذا اعتقد(۵) أنّه(۶) يستحقّها مع الفساد،

۱- ۱. علمه بعدم صحّته شرعاً لا يستلزم تبرّعه بالعمل وإهداءَه إلی المالک بحسب بنائهاالعرفی، فعدم الفرق بین العلم والجهل ــ كما هو المشهور ــ لا يخلو من قوّه .(البروجردی).

۲- ۲. لا يخلو من وجه وجيه . (الفيروزآبادی).

۳- ۳. المضاربه وإن كانت نوعاً من الجعاله إلّا أنهما تفترقان فی أنّ العامل فی بابالمضاربه يشترک مع المالک فی الربح، وهذا بخلاف العامل فی باب الجعاله فإنّه لايشترک مع المالک فی الربح، وإنّما يستحقّ الاُجره الّتی جعلت له . (الخوئی).

۴- ۴. وهی من العناوين القصديّه، فما لم تقصد فی مقام الإنشاء لا تتحقّق، ولا يُصغیإلی ما أفاده بعض المرحومين من كونها مقصودهً ضمنيّهً لمكان تركّب مفهومالمضاربه منها وغيرها، وفی ما ذكره قدس سره نظر . (المرعشی). * بل المفروض قصدهما؛ لِما مرّ من أنّ المضاربه مركّبه من جُعاله وغيرها . (محمّدرضا الگلپايگانی).

۵- ۵. قد تقدّم استحقاق مَن ليس بمتبرّع فی العمل، عالماً كان بالفساد أو جاهلاً،فالوجه المذكور ليس بفارق . (المرعشی).

۶- ۶. بل إذا كان العمل مبتيّاً علی المعامله الفاسده . (الكوه كَمَری).

وله وجه(۱) ، وإن كان الأقوى خلافه(۲) .

هذا كلّه إذا حصل ربح ولو قليلًا، وأمّا مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الاُجره ولو مع الجهل(۳) مشكل(۴) ؛ لإقدامه(۵) على عدم العوض(۶) لعمله، مع عـدم حصول الربـح، وعلى هـذا ففى صوره حصوله أيضـاً يسـتحقّ أقلّ الأمرين(۷) من مقـدار الربح وأُجره المثل، لكنّ الأقوى

ص: ۲۹۶

۱- ۱. وهو الأوجه من استحقاق الجعاله . (الفيروزآبادى).

۲ - ۲. الأقوائيّه ممنوعه، بـل الظـاهر فى المفروض اسـتحقاقه للاُجره؛ لقاعـده احترامعمل المسـلم، وعـدم إقـدامه مجّاناً، مع إذن المالك فى العمل من دون تقييدهبكونه مجّاناً . (البجنوردى).

۳- ۳. بل ممنوع . (جمال الدين الگلپايگانى).

۴- ۴. بل ممنوع . (النائينى، جمال الـدين الگلپايگانى، الروحانى). * بعـد إقـدامه على أن يكون عمله على تقـدير عدم حصول الربح مجّاناً وبلا عوضـلا يبقى وجه للإشكال . (البجنوردى). * لا إشكال فى عدم الاستحقاق . (الشريعتمدارى). * الظاهر أنّه لا إشكال فى عدم استحقاقه . (الخوئى). * الظاهر أنّه لا اُجره له بلا إشكال . (حسن القمّى).

۵- ۵. بل الظاهر عدم استحقاقه . (عبدالله الشيرازى).

۶- ۶. هـذا هو الصـحيح؛ لكونه موافقـاً للواقع؛ ولـذا قلنا باسـتحقاق العامل_فى مورد الاسـتحقاق _ أقلّ الأمرين من اُجره المثل وحصّته من الربح .(الفانى).

۷- ۷. وهو الأقرب . (مهـدى الشـيرازى). * بل اُجره المثل . (المرعشـى).. * بل يسـتحقّ اُجره المثل . (الخوئى (هذه التعليقه أوردناها من نسخهٍ اُخرى منه قدس سره .) ، الروحانى). * فيه إشكال، لا يُترك مقتضى الاحتياط . (حسن القمّى).

خلافه(۱) ؛ لأنّ(۲) رضاه بذلک کان مقیّداً(۳) بالمضاربه، ومراعاه الاحتیاط(۴) فی هذا(۵) وبعض الصور المتقدّمه أولی(۶) .

إدّعاء المضاربه علی أحدٍ وإنکار الأخیر

(مسأله ۴۹) : إذا ادّعی علی أحدٍ أنّه أعطاه کذا مقداراً مضاربةً وأنکر ولم یکن للمدّعی بیّنه فالقول قول المنکر مع الیمین.

تنازع العامل والمالک فی رأس المال

(مسأله ۵۰)(۷) : إذا تنازع المالک والعامل فی مقـدار رأس المال الّـذی أعطاه للعامل قُدِّم قول العامل بیمینه مع عدم البیّنه، من غیر فرقٍ بین کون

ص: ۲۹۷

۱- ۱. قد عرفت مراراً أنّ الأقوی خلاف ما یقوّیه . (المرعشی).

۲- ۲. أی فیما إذا کان بنحو التقیّد . (اللنکرانی).

۳- ۳. فی إطلاقه تأمّل . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. بل لا یُترک؛ لما أشـرنا فی مطلق الصور الّتی أقـدم علی العمل بعنوان الوفاء بعقـدالمضاربه، ومثل ذلک لا یقتضـی هتک عمله المـوجب لخروجه عن کـونه مضـموناً علیغیره . (آقاضـیاء). * بـل لاـ یُـترک فی هـذه الصـوره . (عبـدالله الشـیرازی). * بالتصالح ونحوه . (المرعشی).

۵- ۵. لا یُترک، خصوصاً فی الأخیر . (الإصطهباناتی).

۶- ۶. بل لایُترک فی الأخیر . (الإصفهانی).

۷- ۷. من هـذه المسأله إلی قوله : « فصل : فی أحکام الشـرکه » لم یحصل لنا التوفیقللتعلیق علی المتن، فالاحتیاط فی جمیع هذه الفروع لا یُترک . (تقی القمّی).

المال موجوداً أو تالفاً، مع ضمان العامل(۱) لأصاله عدم إعطائه أزيد ممّا يقوله، وأصاله براءه ذمّته إذا كان تالفاً بالأزيد. هذا إذا لم يرجع(۲) نزاعهما(۳) إلى النزاع فى مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أنّ الّذى بيده هو مال المضاربه؛ إذ حينئذٍ النزاع فى قلّه رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع(۴) فى مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود؛ إذ على تقدير قلّه رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون

۱- ۱. إذ لا أثر للدعوى مع عدم الضمان . (الشريعتمدارى). * بأن ثبت تعدِّيه أو تفريطه، وإلّا فمع عدم الضمان لا أثر للدعوى . (السبزوارى).

۲- ۲. بل وكذا إذا رجع إليه إن كان مصبّ الدعوى النزاع فى مقدار رأس المال، كما هوالمفروض . (عبدالهادى الشيرازى). * لا ريب فى أنّ رأس المال للمالك، قلّ أم كَثُر، والربح نتيجه للمال فهو للمالكأيضاً بالتبعيّه، وجعل حصّه من الربح للعامل مُخرِج له عن التبعيّه، وهذا الجعل أمرحادث محتاج إلى السبب، فالأصل يقتضى عدمه، والثابت منه فى الظاهر هوالمقدار الّذى يقرّ به المالك، وهذا هو المراد من قوله : والأصل كون جميع هذا المال للمالك (لم يُعثر على هكذا نصِّ قولٍ للماتن فى هذه المسأله، ولا فى سابقتها ولا لاحقتها إلّا مضموناً .) ، راجع قوله، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل فى المسأله (۶۲) ، والأوفقبالصناعه أن يقال : الأصل عدم استحقاق العامل أزيد ممّا يقرّ به المالك . (الفانى). * بل إذا رجع إذا كان المرجع فى تشخيص المتخاصِمين مصبّ الدعوى، لا الغرضالأصلى من طرح الدعوى، وكان النزاع فى مقدار رأس المال . (المرعشى).

۳- ۳. بل وكذا يرجع إليه إذا كان مصبّ الدعوى والنزاع فى مقدار رأس المال، كما هوالمفروض . (عبدالله الشيرازى).

۴- ۴. رجوع النزاع إلى ما ذكر لا يمنع من إجراء الأصل فى مصبّ الدعوى . (محمّد رضاالگلپايگانى).

نصیب العامل أزید، وعلی تقدیر کثرته بالعکس، ومقتضی الأصل(۱)

---

۱ – ۱. الأصل مبنیّ علی صیروره الربح أوّلاً ـ ملکاً لمالک المال، وهو خلاف التحقیق،کما مرّ فی المتن، وعلی التحقیق المتنازع فیه مشکوک أنّه رأس المال أو ربح،فیشکّ فی کونه ملکاً للعامل أو غیره، وفی کونه وصیرورته موجوداً فی ملکأیّهما فالأصل مثبت متعارض، وکذا أصل عدم حصول الربح، وإن کان المرادمن الأصل قاعده التبعیّه ففیه : أنّ القاعده مخصّصه، والمضاربه مسلّمه بینهما، معأنّه یجری ما ذکرنا أوّلاً . (الفیروزآبادی). * ولکنّ مقتضی ید العامل علی المال کون ما یحتمل کونه ماله، وهو مقدّم علیالأصل المزبور . (آقاضیاء). * الأصحّ أنّ الربح تنتقل منه حصّه العامل إلیه رأساً بمقتضی عقد المضاربه، ولاینافیه کونه ربح مال المالک بعد وقوع العقد بینهما علی ذلک، ولو سلّمنا انتقاله إلیالمالک بأجمعه ثمّ منه إلی العامل، ولکنّ الشکّ فی انتقال الأکثر أو الأقلّ إلیه مسبّبعن الشکّ فی مقدار أصل المال، فإذا جری أصاله عدم دفع المالک الأکثر کان حاکماًعلی أصاله عدم انتقال الزائد من الربح، وتقدیم قول العامل بیمینه فی التنازع فیمقدار رأس المال إنّما هو فیما لو ادّعی المالک الزیاده، کما هو الغالب، أمّا لو ادّعاهاالعامل لغرضٍ له فی زیاده الربح کما لو قبض المالک جمیع المال فالقول قولالمالک، لا العامل . (کاشف الغطاء). * مشکل، بل ید العامل محکمه علیه إن قلنا بحصول الشرکه فی الربح بمجرّدحصوله، بل یمکن أن یقال بتقدّمها علیه ولو لم نقل بذلک . (عبدالله الشیرازی). * هذا إن قلنا بأنّ الربح ینتقل ابتداءً إلی المالک، ثمّ یتلقّی المضارب منه، وأمّا إنقلنا بأنّه ینتقل إلی العامل حصّته ابتداءً ــ کما هو الأقرب ــ فلا أصل لهذا الأصل . ثمّلو قلنا باعتبار ید العامل فی مورد الشکّ یُقدَّم قوله بیمینه ولو مع سلامه الأصل،لکن لو بنینا علی عدم اعتباره ــ کما هو الأوجه ــ فلابدّ من ملاحظه محطّ الدعوی،فلو ادّعی العامل أنّ مقدار رأس المال مائهً مثلاً وادّعی المالک أنّه مائتان یکون منموارد التحالف، وکذا لو ادّعی المالک أنّ هذا المقدار رأس المال وذاک الربحوادّعی العامل خلافه، ولو کان محطّ النزاع فی مقدار رأس المال زیادهً ونقصاناًأو مقدار الربح کذلک یُقدَّم قول المنکر بیمینه، هذا مع بقاء المال، وأمّامع التلف مضموناً علی العامل فمقتضی الأصل عدم ضمانه، إلّا فی موردعلم خلافه، وقد عرفت عدم أصلٍ یُثبِت کون المال للمالک، والتفصیل فی هذهالموارد موکول إلی محلّه . (الخمینی). * إن سقط ید العامل عن الاعتبار مطلقاً؛ لاعترافه بکون رأس المال للمالک .(السبزواری). * لا مجال لهذا الأصل بناءً علی ما قوّاه فی المسأله (۴۴) المتقدّمه من انتقال الربحإلی العامل مستقلّاً، وعدم تلقّیه ذلک من المالک، وأمّا بناءً علی ما اختاره المشهورمن تلقّی المضارب الملک من المالک، وکونه الواسطه فی ذلک فمقتضی الأصل وإنکان ذلک إلّا أنّه لابدّ من ملاحظه أنّ ید العامل هل سقطت عن الحجیّه رأساً باعتباراعترافه بکون بعض ما بیده للمالک، أو أنّ سقوطها عنها إنّما هو بالإضافه إلیخصوص المقدار الّذی اعترف به، فعلی الأوّل یُقدَّم قول المالک بیمینه فی خصوصالصوره المفروضه، الّتی یرجع النزاع فیها إلی النزاع فی ثبوت الزیاده وعدمها،وعلی الثانی لا ـ محیص عن تقدیم قول العامل کذلک، کما فی نظائره . (اللنکرانی).

كون[(۱)] جميع هذا المال[(۲)] . . . .

ص: ۳۰۰

۱- ۱. هـذا يشـكل على مبنى الماتن قـدس سـره . (أحمد الخونسارى). * بل يختلف الحكم حسب اختلاف كيفيّه الدعوى . (محمّد الشيرازى).

۲- ۲. محلّ تأمّل وإشـكال . (البروجردى). * ولا يخفى أنّه على ما قوّاه قـدس سـره من دخول الربح فى ملك العامل ابتداءًمن غير دخوله فى ملك المالك فلا- أصل يقتضى كون جميع المال للمالك،كما هو واضح، وأمّا على ما اختاره المشهور فاستصحاب ملك المالك للموجودوإن كان يقتضى ذلك إلّا أنّ تقدّمه على قول العامل الوكيل فى المعاملهمع كونه ذا اليد فى المقدار المتنازع فيه محلّ تأمّل، بل منع، فتقدّم قول العاملمطلقاً لا يخلو من قوّه . (محمّد رضا الگلپايگانى). * هذا على القول بأنّ حصّه العامل تتنقل أوّلاً إلى المالك، ومنه إلى العامل،وأمّا على القول الآخر الّذى قوّيناه _ وهو الانتقال أوّلاً إلى العامل _ فمحلّتأمّل وإشكال . (الروحانى).

للمالک(۱) إلّا بمقدار ما أقرّ به للعامل، وعلی هذا أیضاً لا فرق بین کون المال باقیاً أو تالفاً بضمان العامل؛ إذ بعد الحکم بکونه للمالک(۲) إلّا کذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لابدّ أن یغرم المقدار الّذی للمالک.

إدّعاء المالک علی العامل التخلّف

(مسأله ۵۱) : لو ادّعی المالک علی العامل أنّه خانَ أو فرّط فی الحفظ فتلف، أو شرط علیه أن لا یشتری الجنس الفلانیّ، أو لا یبیع من زیدٍ أو، نحو ذلک فالقول قول العامل فی عدم الخیانه والتفریط، وعدم شرط المالک(۳) علیه(۴) الشرط الکذائی(۵) ، والمفروض أنّ مع عدم الشرط یکون مختاراً فی

۱- ۱. فإنّ ذا الید ــ أعنی العامل ــ لمّا أقرّ بأنّ أصل المال للمالک سقطت یده عنالحجّیه، واحتاج فی إثبات دعوی الاستحقاق إلی بیّنه، فمع عدمها فالقولقول المالک . (الشریعتمداری). * بناءً علی ترتّب تملّک العامل الربح علی تملّک ألمالک إیّاه، وأمّا لو بنی علیدخوله فی ملکه فی عرضه فلا وجه لکون جمیع المال للمالک، ولا أصل یقتضیذلک، فحینئذٍ لو کانت ید العامل معتبرهً یُقدَّم قوله مع یمینه . (المرعشی).

۲- ۲. خصوصاً فیما إذا کان ظهور الربح بسبب ترقّی القیمه، لا بسبب شراء المال بأقلّمن قیمته، أو بیعه بأکثر منها . (الإصفهانی).

۳- ۳. هذه الصوره محتاجه إلی التأمّل . (أحمد الخونساری). * الظاهر اختلاف حکمه باختلاف کیفیّه تقریر الدعوی . (السبزواری).

۴- ۴. فی دعوی الشرط المزبور القول قول المالک . (الروحانی).

۵- ۵. هذا الشرط وما بحکمه یرجع إلی تقیید متعلّق عقد المضاربه؛ وعلیه فالعاملیدّعی الإطلاق، کما أنّ المالک یدّعی التقیید، وأصاله عدم تقیید المتعلّق معارضهبأصاله عدم إطلاقه، علی ما بیّنّا فی محلّه من أنّهما متضادّان فی مقام الثبوت، وأمّااستصحاب عدم التقیید فی مقام الإثبات فلا یترتّب علیه الإطلاق فی مقام الثبوت،وأمّا أصاله الإطلاق فلا مجری لها فی أمثال المقام، ونتیجه ذلک کلّه : أنّ القول قولالمالک؛ لأصاله عدم إذنه فی ما یدّعی العامل إذنه فیه . (الخوئی). * من أجل أنّ دعوی الشرط یرجع إلی دعوی کون إذنه لم یکن مطلقاً، بل کانمقیّداً، فقبول قول العامل فی غایه الإشکال لو لم نقل بقبول قول المالک . (حسنالقمّی).

الشراء وفی البیع من أیّ شخصٍ أراد، نعم، لو فعل العامل ما لا یجوز له إلّا بإذنٍ من المالک _ کما لو سافر(۱) أو باع بالنسیئه وادّعی الإذن من المالک _ فالقول قول المالک فی عدم الإذن.

والحاصل: أنّ العامل لو ادّعی الإذن فی ما لا یجوز إلّا بالإذن قُدِّم فیه قول المالک المنکِر، ولو ادّعی المالک المنع فی ما یجوز إلّا مع المنع قُدِّم قول العامل المنکِر له.

التنازع فی التلف

(مسأله ۵۲) : لو ادّعی العامل التلف وأنکر المالک قُدِّم قول العامل؛ لأنّه أمین(۲) ، سواء کان بأمرٍ ظاهر أم خفیّ. وکذا لو ادّعی الخساره، أو ادّعی

۱- ۱. التصرّفات الّتی تکون من شؤون المضاربه لا تحتاج إلی الإذن الخاصّ؛ لشمولالإذن فی المضاربه لها، وقد یکون السفر والبیع نسیئهً (کذا فی الأصل، والظاهر أنّ هذه اللفظه بالفارسیّه، أی بمعنی الدَین، وأمّا النسیئه فلا مجال لها فی المضاربه .) من شؤون المضاربه فیموردٍ خاصٍّ، أو بلدٍ مخصوص . (الفانی).

۲- ۲. هذا إذا لم یکن متّهماً، وإلّا فیستحلف . (الخوئی).

عـدم الربـح، أو ادّعى عـدم حصول المطالبات فى النسـيئه مع فرض كونه مأذوناً فى البيع بالدَين، ولا فرق فى سـماع قوله بين أن تكون الـدعوى قبـل فسـخ المضاربه أو بعـده. نعم، لو ادّعى بعـد الفسـخ التلف بعـده ففى سـماع قوله لبقاء حكم أمانته، وعـدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً وجهان(١) .

١- ١. أقواهما الأوّل . (الفيروزآبادى). * مبتيّان على تقييـد أمانته بخصوص بقاء المضاربه أو إطلاقه، ولقـد تقدّم أنّالتحقيق هو الأوّل . (آقا ضياء). * إذا فرض حصول التخليه الواجبه عليه بعد الفسخ فلا وجه للضمان، ومع عدمهفلا وجه لبقاء حكم الأمانه، إلّا إذا فرض كونه معذوراً فيه شرعاً . (الكوه كَمَرى). * أوجههما الأوّل مع إبقاء المالك المال فى يده، بل ومع عدم مطالبته . (صدرالدينالصدر). * لا ريب أنّ الفسخ لا يُخرِجه عن الائتمان إلّا إذا طالبه المالك بالمال وقصّـِر فيالدفع، وإلّا فهو أمين ويسـمع قوله . (كاشف الغطاء). * أوجههما الأوّل لو كان بقاؤه عنـده بإذن المالك ولو لعدم تقصـيره فى ردّ الأمانهبحسب وظيفته، وإلّا فالثانى . (مهدى الشـيرازى). * لا يخلو الأوّل من قوّه . (عبدالهادى الشـيرازى). * أوجههما الأوّل؛ لعدم خروج اليد عن كونها يـد أمانهٍ بمجرّد الفسـخ . (البجنوردى). * الأقوى بقاء الائتمان المالكىّ ما لم يطالب المالك بالمال فيسـمع قوله . (الفانى). * فيه تأمّل؛ إذ فى صوره تحقّق التخليه بعد الفسخ لا ضـمان، وعلى فرض عدمهالا أمانه؛ حيث لا عذر شـرعاً فى ترك التخليه . (المرعشـى). * أقواهما سـماع قوله ما لم يكن مقصّـِراً فى الردّ، ومع التقصير فالأقوى عدمالسماع . (محمّد رضا الگلپايگانى). * أظهرهمـا الأـوّل . (الخوئى). * أوجههمـا الأوّل، إلّا إذا صارت يـده عاريه . (محمّـد الشـيرازى). * أقواهما الأوّل لو لم تكن أمـاره معتـبره على الخلاـف . (السبزوارى). * أوجههمـا الأـوّل إن كـان بقـاؤه عنـده بـإذن المالـك، ولو لعـدم تقصـيره فى ردّ الأمـانهبحسب وظيفته، وإلّما فالثـانى . (حسن القمّى). * أظهرهمـا الأـوّل إذا كـان وضـع يـده على العين فعلاًـ بنحـوٍ مشـروع . (الروحانى). * ولا يخلو الأوّل من قوّه، إلّا إذا كان مقصّراً من ناحيه الردّ إلى المالك . (اللنكرانى).

ولو أقرّ بحصول الربح ثمّ بعد ذلك ادّعى التلف أو الخساره، وقال: إنّى(۱) اشتبهت(۲) فى(۳) حصوله لم يُسمَع(۴) منه؛

۱- ۱. لا تخلو العباره من اغتشاش (كذا فى الأصل، والمراد أنّها لاتخلو من شائبه .) صدراً وذيلًا، فراجع . (آقا ضياء).

۲- ۲. بعد إقراره بظهور الربح . (المرعشى).

۳- ۳. العباره غير جيّده، والظاهر أنّ مراده : أنّه أقرّ أوّلاً بتحقّق الربح فعلًا، ثمّ ادّعيالاشتباه، ووجه اشتباهه بأنّ الربح حصل أوّلاً لكن التلف أو الخساره صار سبباً لعدمبقائه، والظاهر قبول دعواه حينئذٍ، نعم، لو ادّعى أوّلاً بأنّ الربح حاصل ثمّ قال : إنّالربح غير حاصل، وإنّى اشتبهت لم يسمع منه . (الخمينى).

۴- ۴. الأقوى سماع دعوى الغلط أو الاشتباه أو نحوهما فى الإقرار، ولا يكون رجوعاًعن إقراره السابق، بل يكون دعوى على خلاف ظاهره . (النائينى، جمال الدينالگلپايگانى). * لا يعدّ دعوى الاشتباه فى جميع الموارد رجوعاً عن الإقرار؛ إذ الاشتباه أمرمحتمل التحقّق عقلاً وواقع كثيراً خارجاً، فيكون من لوازم المقرّ به أحياناً . (الفانى). * لا يبعد السماع؛ لأنّه أمين، وليس هذا رجوعاً عرفاً، بل ادّعاء آخر . (محمّدالشيرازى). * إن عُدَّ ذلك من الرجوع عن الإقرار السابق عرفاً، ولكنّه بعيد فى بعض الفروض، بل قد يُعدّ من متمّماته عرفاً . (السبزوارى). * ما لم يُقِم البيّنهَ على التَلَف، فإن أقام البيّنه على التلف اُلزم بدفع البدل، لا العين .(حسن القمّى).

لأنّه رجوع(۱) عن إقراره(۲) الأوّل(۳) . ولكن لو قال: ربحت ثمّ تلف أو ثمّ حصلت الخساره قُبِلَ منه.

التنازع فی مقدار حصّه العامل

(مسأله ۵۳) : إذا اختلفا فی مقدار حصّه العامل، وأنّه نصف الربح مثلاً أو ثُلُثه قُدِّم قول المالك(۴) .

التنازع فیأصل المضاربه أو تسلیم المال

(مسأله ۵۴) : إذا ادّعی المالك أنّی ضاربتُكَ علی كـذا مقـدارٍ وأعطیتك فأنكر أصل المضاربه، أو أنكر تسـلیم المال إلیه، فأقام المالك بیّنهً علی ذلك فادّعی العامل تلفه(۵) لم یُسمَع(۶)

۱- ۱. فی الحكم بالرجوع تأمّل، بل هی دعوی علی خلاف الظاهر . (المرعشی).

۲- ۲. هذا لیس رجوعاً من إقراره بل هو دعوی علی خلاف ظاهر كلامه وهی لا تسمعما لم تثبت شرعاً . (الخوئی).

۳- ۳. مقتضـی ما ذكروه فی باب الإقرار فی سَـماع دعوی المواطأه فی الإشـهاد علیالقبض سَماع هذه الدعوی، ولیس هو رجوعاً عن إقراره السابق، وإنّما هو دعویأمر فی الإقرار ویحتاج إلی الإثبات . (الشریعتمداری).

۴- ۴. هـذا مشـكل علی مبنی الماتن قـدس سره . (أحمـد الخونساری). * ولاحتمال التحالف وجه علی تقدیر كون النزاع بعد ظهـور الربـح، وجعـل المیزانفی تشـخیص المتـداعِیَین مصبّ الـدعوی، لاـ الغرض السـبب لطرح الـدعوی، لكنّهلیس بـوجیه . (المرعشی).

۵- ۵. أی لا یسـمع دعوی التلف من العامل مع یمینه لأجل إنكاره أصل المضاربه أوتسلّم المال، ویُكلَّف بالبیّنه علی دعواه، فإن أتی بها فهو، وإلّا فیضمن . (البجنوردی).

۶- ۶. یعنی یُقضی علیه بالضمان، ولا یُقبَل قوله فی التلف، كما كان یُقبَل لولا إنكاره،وفی قبول الغرامه منه بنفس هذه الدعوی، أو مع إقامه البیّنه علی ما ادّعاه، أویحبس حتّی یتبیّن صدقه، وجوه، وأقوال، أقواها سَـماع بیّنته . (النائینی، جمال الدینالگلپایگانی). * ینبغی أن یكون المراد أنّه لم یقبـل قوله بیمینه، كما كان یقبل منه لو لم یصـدر منهإنكار المضاربه؛ وحینئـذٍ : فإمّا أن یطالبه المالـك بالضـمان ویُقضـی علیه به أخـذاًبإقراره بـالتلف الموجب له بعـد ثبوت خیانته من جهه إنكاره لأصل المضاربه، أوتسـلّم المال، وإمّا أن یطالبه بالعین إذا أنكر التلف الّذی ادّعاه العامل فعلیه الإثباتبالبیّنه، وأمّا احتمال عـدم سـماعها من جهه تكذیبه لها بإقراره السابق بعدم التلفالمستفاد من إنكاره لأصل المضاربه ــ كما ربّما یُستشعر من كلام الماتن ــ فضعیفجدّاً . (الإصفهانی).

منه(۱) ، . . . .

---

۱ - ۱. أی بمجرّد یمینه، لا ـ إذا أقام بیّنهً علی التلف . (مهدی الشیرازی). * أی سَ ـ ماعاً بالیمین، بل یحتاج إلی البیّنه . (الشریعتمداری). * لأنّه بإقراره بعد الإنکار خرج عن کونه أمیناً، وصار إخباره عن التلف إقراراً علینفسه بالضمان، فعلیه إثباته بالبیّنه . (الفانی). * لا إشکال فی عدم سماع قوله بیمینه کسماعه قبل الإنکار، لکن هل یکلّفعلی إقامه البیّنه علی التلف وتُقبل بیّنته، ومع عدمها یتوجّه الحلف علی المالک،أو یقضی علیه بالضمان وتُردّ بیّنته علی التلف من غیر تفریطٍ وتعدّ، أو یُحکَمبالضمان بعد إقامه البیّنه علی التلف، وقبلها یطالب بالعین ویُحبَس حتّییتبیّن الحال؟ وجوه . (الخمینی). * بیمینه، ویُقضی علیه بالضمان؛ لخروجه عن الأمانه بهذه الدعوی، وعلیه إقامهالبیّنه . (المرعشی). * فللمالک أن یطالبه بنفس العین، نعم، إذا أقام العامل البیّنه علی التلف طالبه المالکبدفع البدل . (الخوئی). * إلّا بإقامه البیّنه علی التلف، فیطالبه المالک حینئذٍ بالبدل سقوط (کذا فی الأصل، والظاهر (وسقوط).) أمانته بقیامالبیّنه علیه . (السبزواری). * أی لا یُسمَع منه بیمینه؛ لأن لازم دعوی التلف کون إنکاره لأصل المضاربه إقراراًبالکذب، فتکون دعوی التلف إقراراً بالخیانه، فعلیه البیّنه فی دعواه المخالفهللأصل، ولو أقام البیّنه علیه طالبه المالک بالبدل . (الروحانی). * أی سماعاً بالیمین، فتُقبَل بیّنته علی التلف من غیر تعدٍّ وتفریط، أو مطلقاًفلا ـ تکون البیّنه أیضاً مقبوله؛ لأنّه بإنکاره مکذّب لها، وحینئذٍ ففی تضمینهأو حبسه حتّی یتبیّن الحال وجهان، ولا تبعد دعوی ظهور العباره فیالاحتمال الأوّل . (اللنکرانی).

وأُخذ بإقراره(١) المستفاد من إنكاره(٢) . . . . . .

١- ١. لاـ يستفاد الإقرار من الإنكار، والإقرار المستفاد من دعوى التلف لا يُثمِر؛ لِما مرّمن تقديم قوله فى دعواه؛ لأنّه أمين . (الفيروزآبادى). * أى لاـ يُسمَع منه بيمينه كما كان يُسمَع منه قبل ذلك بها لأجل أمانته؛ لأنّ دعواهالتلف إقرار منه بكذبه فى الدعوى الأُولى، المستلزم لخيانته وخروجه عن الأمانه،فتكون عليه البيّنه فى دعواه المخالفه للأصل . (عبدالله الشيرازى).

٢- ٢. بل لخروج يده عن الأمانه بعد إقامه المالك البيّنه على صحّه دعواه . (صدرالدينالصدر). * أى لم يُسمَع منه بيمينه وإن كان يُسمَع منه بيمينه لو لاـ إنكاره لأصل المضاربهلكونه أميناً، وفى الفرض بدعواه التلف أقرّ بكذبه فى إنكار أصل المضاربهوصيرورته خائناً، فعليه إقامه البيّنه على التلف؛ لكونه على خلاف الأصل .(الإصطهباناتى). * أى لا يُسمَع منه بيمينه كما كان يُسمَع منه قبل ذلك بها لأجل أمانته؛ لأنّ دعواه التلف إقرار منه بكذبه فى الدعوى الأُولى، المستلزم لخيانته وخروجه عن الأمانه،فيكون عليه البيّنه فى دعواه المخالفه للأصل . (البروجردى).

الأصل(۱) . نعم، لو أجاب المالک بأنّی لست مشغولَ الذمّه لک بشیء، ثمّ بعد الإثبات ادّعی التلف قُبِلَ منه؛ لعدم المنافاه بین الإنکار من الأوّل وبین دعوی التلف.

التنازع فی صحّه المضاربه

(مسأله ۵۵) : إذا اختلفا فی صحّه المضاربه الواقعه بینهما وبطلانها قُدِّم قول مدّعی الصحّه.

إدّعاء الردّ وإنکاره

(مسأله ۵۶) : إذا ادّعی أحدهما الفسخ فی الأثناء وأنکر الآخر قُدِّم قول المنکر(۲) ، وکلّ مَن یُقدَّم قولُه فی المسائل المذکوره لابدّ له من الیمین(۳) .

إدّعاء الفسخ وإنکاره

(مسأله ۵۷) : إذا ادّعی العامل الردّ وأنکره المالک قُدِّم قول المالک(۴) .

۱- ۱. یعنی إنکار المضاربه أو التسلیم إقرار بعدم التلف عنده، فلا یُسمَع دعواه وإن کانتله بیّنه؛ وحینئذٍ ففی تغریمه أو حبسه حتّی تتبیّن وجهان . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. فیه تأمّل؛ من جهه احتمال أن یکون المورد من موارد قاعده « مَن ملک شیئاً »(قواعد الأحکام : ۲/۴۱۳ ، والقاعده هکذا : « کلّ مَن ملکَ شیئاً ملکَ الإقرار به » ، البحار : ۹۳/ ۱۹۴ ضمن ح ۱۶.) ،إلّا أن یکون مورد الدعوی الفسخ التابع للطرف الآخر . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. مع امتناع المدّعی من إقامه البیّنه . (المرعشی).

۴- ۴. هذا هو المشهور، ولکنّ قبول قوله فی دعوی التلف یقتضی قبوله فی الردّ بطریقأولی، ولم یخرج عن کونه أمیناً؛ ولذا ذهب الشیخ قدس سره وجماعه (المبسوط للطوسی : ۳/۱۷۴ _ ۱۷۵ ، وراجع کشف الرموز للفاضل الآبی : ۲/۱۵ ، المهذّبالبارع لابن فهد الحلّی : ۳/۳۹ ، مسالک الأفهام : ۴/۳۷۵.) إلی قبول قوله فی الردّ أیضاً، ولعلّ نظر المشهور فی الفرق بین الأمرین إلی نکتهٍ دقیقه،لا مجال هنا لبیانها . (کاشف الغطاء). * لم یعلم الفرق بین دعوی التلف من العامل ودعوی الردّ منه حتّی یُقبَل قولالعامل فی الأوّل والمالک فی الثانی، وإثبات الفرق بالإجماع عهدته علی مدّعیه .(السبزواری). * یشکل ذلک فیما لم یثبت التأخیر فی الأداء علی وجهٍ یوجب خروجه عن کونهأمیناً؛ فإنّ عدم قبول دعوی الردّ اتّهام للمؤتمن، وقد ورد : « لا تَتّهِم مَن ائتمنته »(الکافی : ۵/۲۹۸ کتاب المعیشه باب نادر، ح ۱ ، تهذیب الأحکام : ۷/۲۳۲، ح ۱۰۱۱.) ،والصلح أحوط . (الروحانی).

اختلاف العامل والمالک فی الشراء للمضاربه وغیره

(مسأله ۵۸) : لو ادّعی العامـل فی جنسٍ اشتراه أنّه اشتراه لنفسه وادّعی المالـک أنّه اشتراه للمضـاربه قُـدِّم قول العامـل، وکـذا لو ادّعی أنّـه اشـتراه للمضـاربه وادّعی المالـک أنّـه اشـتراه لنفسه؛ لأنّه أعرف بنیّته؛ ولأنّه أمین(۱) ، فیُقبَل قوله، والظـاهر(۲) أنّ الأمر(۳) کذلک(۴)

۱- ۱. ولأصاله عدم اشترائه للمضاربه ولها أثر، وأمّا أصاله عدم اشترائه لنفسه لا تثبتشـراءه للمضاربه؛ وبهذا یظهر الوجه فی الفرع الآتی؛ لکنّ هذا الأصل لا یخلو منإشـکال، بل منع، وأمّا کونه أعرف بنیّته لا یوجب تقدیم قوله ظاهراً، مع أنّهغیر مطّردٍ فی جمیع الدعاوی، مثل أن یدّعی المالک إنشاء البیع له فی ظاهراللفظ وادّعی العامل إنشاءه لنفسه . (الخمینی).

۲- ۲. لأنّه أعرف بنیّته . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. فیه إشکال . (عبدالله الشیرازی). * لأنّه لا یعرف إلّا من قبله . (الفانی).

۴- ۴. فیه إشکال . (الإصفهانی، اللنکرانی). * فیه تأمّل وإشکال . (الإصطهباناتی، الروحانی). * لأنّ قبول قوله فی نفی اشترائه للمضـاربه لیس لأجـل أمـانته فقط حتّی ترتفعبخیانته الّتی أقرّ بها، بل هو موافق للأصل، مضافاً إلی أنّه أعرف بنیّته . (البروجردی). * لا یخلو من إشـکال . (عبـدالهادی الشـیرازی). * لأنّ هـذا دعوی لا تُعرف إلّا من قبله . (البجنوردی). * فیه إشـکال؛ من جهه التنـافی بین ظاهر الفعل والقول، ولکنّ لقبول قولهلشـمول قاعـده « من لا یعرف الـدعوی والمقول إلّا من قبله »(راجع جامع المقاصد للکرکی : ۸/۲۸، ۱۶۶ ، ۳۱۴.) وغیرهاوجه وجیه . (المرعشی).

لو علم(۱) أنّه أدّى الثمن من مال المضاربه(۲) ، بأن أدّعى أنّه اشتراه فى الـذمّه لنفسه، ثمّ أدّى الثمن من مال المضاربه ولو كان عاصياً فى ذلک.

إدّعاء المالک المضاربه والقابض القرض

(مسأله ۵۹) : لـو ادّعى(۳) المالـک أنّه أعطـاه المـال مضـاربةً وادّعى القـابض أنّه أعطاه قرضاً يتحالفان(۴) ، فـإن حَلَفـا أو نَكَلا للقابض

۱- ۱. فيه إشكال؛ لأنّ ظاهر فعله يكذّب قوله . (محمّد رضا الگلپايگانى). * فيه إشكال . (حسن القمّى).

۲- ۲. بشـرط عـدم ظهور حالٍ يقتضـى كون شـرائه بعنوان المضاربه ولو فى ذمّته، لالنفسه؛ فإنّه حينئـذٍ يُقـدَّم الظهور على دعواه لنفسه . (آقاضياء).

۳- ۳. فيه تفصـيل لاـ يسـعه المقـام . (صدرالـدين الصـدر). * المسـأله والمسألتـان بعـدها لا تخلو من إشـكال، فيرجع فيها إلى التصالح . (مهديالشيرازى).

۴- ۴. الأقوى رجوع هذا النزاع إلى باب المدّعى والمنكر دون التداعى، لكن عليتفصيلٍ بين صور المسأله فى ذلک؛ إذ لو كانت اُجره عمل العامل محيطةً بتمام الربـح مقتضـى التسالم على احترام عمله وكونه هو القـدر المشترک بين ما يقرّ بهالمالک ويدّعيه العامـل هو اسـتحقاقه لتمـام الربـح، وكون المالک مدّعياًللسـقوط بالحصّه فيُقـدَّم قول العامل بيمينه فى ذلک . ولو كانت الاُجره دونالحصّه أو بمقدارها كان العامل مدّعياً فى ما يدّعيه من اسـتحقاق الزائد عليها،فيُقدَّم قول المالک بيمينه فى ذلک . ولو كانت الاُـجره أزيـد من الحصّه ودونتمـام الربـح يُقـدَّم قول العامـل بيمينه فى مـا يقابـل الاُجره، وقول المالک بيمينهفى الزائـد عليها . (النائينى، جمال الـدين الگلپايگانى). * بل يُقدَّم قول مدّعى القرض فى الحكم بملكيّه تمام الربح له؛ ليده عليما احتمل ملكيّته له . (آقاضـياء). * الظاهر أنّه لا وجه للتحالف؛ لأنّ مورد النزاع حصّه من الربح يدّعيهاالمالک بناءً على المضاربه، وينكرها العامل بناءً على الفرض، وأمّا رأس المالفلا نزاع فيه . (صدرالدين الصدر). * وفيه وجه آخر : أنّ القول قول المالک؛ لأنّ القابض مقرّ بعـدم الاُجره لعمله،وأنّه عمل لنفسه، والمالک مقرّ بثبوت حصّهٍ من الربـح للقابض، فينحصـر النزاعفى غير تلک الحصّه، والعامل يـدّعيه بالإـقراض المخـالف للأصـل، فيحلـف المـالكعلى نفيه فيحكم له به . وأمّـا دعـوى المالـک للقَراض فغير ملزمهٍ لاـ يتوجّه بهاحلف على منكِرها . (البروجردى). * لأنّ كلّاً منهما يـدّعى أمراً ثبوتيّاً جارّاً للنفع له، فالمالک يـدّعى المضاربه لِجَرِّحصّهٍ من الربح إلى نفسه، والقابض يدّعى القرض لِجَرِّ تمام الربح إلى نفسه، وبعدالتحالف يحكم بأنّ المال الخارجى غير خارج عن ملک المالـک، ويتبعه الربحالحاصل منه، فالربـح للمالک إلّا ما أقرّ به للعامل، وأمّا العامل فبـدعواه القرض يعترفبعـدم استناد عمله إلى أمر المالک، فلا اُجرهَ مِثلٍ لعمله؛ وعلى هذا فليس له أكثرالأمرين من الحصّه واُجره المثل، بل الحصّه فقط . (الفانى). * يحتمل التحـالف بملاـحظه محطّ الـدعوى وتقـديم قول المالـک بملاـحظه مرجعهـا،والأـقرب الأوّل . (الخمينى). * على تقـدير كون الميزان فى تشـخيص المتـداعيَين مصبّ الـدعوى، لاـ الغرضـمنها، ولكن الحَرِىّ بالقبول أن يقال : إنّهما حيث كانا متّفقَين بثبوت سهممن الربـح للعامل ولكن العامل يـدّعى ملكيّه تمام العين وتمام الربـح فـدعواهمخالفه للأصل، فيُقـدَّم قول المالک بيمينه فى نفى القرض، وقوله موافق لأصالهعـدم القرض بلاـ معارض . (المرعشـى). * بل يحلف المالک على نفى القرض، ويُقـدَّم قوله،

وأمّا ادّعاوه القَراض فـإقرارعلى العامل بمقـدار حصّـته من الربـح، ولا يستحلِف المنكِر لنفى ما أقرّ المقرّ له،مع أنّ كون مقـدار الحصّه للعامـل مقطوع فلاـ أثر لعـدم المضاربه، فتجرى أصالهعـدم الإقراض بلا معارض، بل مع التحالف أو النكول أيضاً لا نزاع فيمقـدار الحصّه؛ لتوافقهما عليه، والزائـد للمالك بعد عدم ثبوت القرض بقاعدهتبعيّه المنافع للمال . (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كـان مورد الـدعوى خصوص مـا ذكره قـدس سـره فقـط وكـان للمضاربه أثر بالنسـبه إليالعامل، ويمكن تقريره بوجه آخر يكون من المدّعِى والمنكِر حينئذٍ . (السبزوارى). * فيه نظر وإشكال . (حسن القمّى). * بما أنّ عقد المضاربه يتمّ بالفسخ، ولا يلزم شـيئاً على العامل، ويكون دعويالمالك غير ملزمهٍ فلا يكون المالك مدّعياً، بل يُنكِر ما يدّعيه العامل من استحقاقتمام الربح، فيُقـدَّم قوله . (الروحانى). * مع عـدم حصول الربـح، ومعه فكـذلك أيضاً إن كان الملاک فى التحالف محطّالـدعوى ومصـبّ النزاع، وإن كـان المنـاط هـو الغرض والغـايه فالظـاهر أنّ القـول قولالمالـك؛ لاتّفاقهمـا على ثبـوت حصّـهٍ مـن الربــح للقـابض، واختلافهما إنّما هو فيالزائد، فالمالك يُنكِره والقابض يدّعيه . (اللنكرانى).

أكثر الأمرين(۱) . . . .

ص: ٣١٢

١- ١. على فرض تسليم ذلك لا يستحقّ القابض بإقراره أُجرةً أصلاً، كما أنّه يجب ïعلى المالك دسّ مقدار حصّه العامل من الربح في ماله؛ لعدم اعترافه بأزيد من ذلكبعد اقتضاء التحالف انفساخ العقدَين المحتمَلَين ظاهراً . (آقاضياء). * بل له الحصّ ه من الربح، ويُقسَّم الزائد بينهما . (عبدالهادى الشيرازى). * لا وجه لأُجره المثل بعد اتّفاقهما على عدم استحقاقها ومرجع الاختلاففى الزائد من حصّته، فمع التحالف يُحتمل الإقراع، ويُحتمل التقسيم بينهما،والأقرب الأوّل . (الخمينى). * وهناك وجوه : منها : تنصيف الزائد المتنازَع فيه بينهما بعد التحالف أو النكول . وبالجمله : لا وجه لملاحظه أُجره المثل بعد اتّفاقهما على عدمها، مضاربةً كانالمورد أو قرضاً . (المرعشى). * لا وجه للزائد على الحصّه فى الفرض، وأمّا الحصّه فله بإقرار المالك . (محمّد رضاالكلپايكانى). * لا يبعد أن يكون له ثلاثه أرباع الربح . (محمّد الشيرازى). * لا وجه لملاحظه أُجره المثل بعد اتّفاقهما على عدم استحقاقها . (الروحانى).

من أُجره المثل(١) والحصّه . . . .

ص: ٣١٣

---

١ – ١. لا وجه لاعتبار أُجره المثل بعد اتّفاقهما على عدم استحقاقه لها، وإنّما يكوناختلافهما فى الربح؛ حيث إنّ القابض يدّعى استحقاق تمامه، والمالك يدّعياستحقاقه حصّهً منه كنصفه مثلاً، فيكون استحقاقه للنصف ممّا اتّفقا عليه، والزائدمورد التداعى، فتُقسّم بعد التحالف أو النكول بينهما . (الإصفهانى). * الأظهر استحقاق العامل ما أقرّ له المالك من حصّه الربح، وتنصيف بقيّهالربح بعد التحالف، وإن نكل كلّ منهما كان شأنه شأن المال الجزئىّ المردّدبين اثنين . (صدرالدين الصدر). * لا وجه لِلحاظ أُجره المثل فى المقام؛ لأنّ المالك والعامل معترفانبعدم استحقاقها، وإنّما يكون اختلافهما فى الربح، فالعامل يدّعى استحقاقهلتمام الربح، والمالك يدّعى استحقاقه لبعضه مثل النصف مثلاً، فيكون استحقاقالعامل للنصف ممّا اتّفقا عليه، ويكون النصف الآخر مورد التداعى، فيُقسّم بعدالتحالف أو النكول بينهما . (الإصطهباناتى). * ملاحظه أُجره المثل لا وجه لها أصلاً؛ لاتّفاقهما ـــ أى القابض والمالك ـــ عليعدمها؛ وحيث إنّهما متّفقان أيضاً بالنسبه إلى نصف الربح أنّه للقابض فلا نزاعإلّا فى النصف الآخر، فيدّعى كلّ واحدٍ منهما أنّه له، وحيث إنّ قول المالكمطابق مع الأصل؛ لأصاله عدم خروج العين عن ملكه، وكون الربح تابعاً للعينفيكون المالك مُنكِراً والقابض مدّعياً بالنسبه إلى ذلك النصف، فلا تداعى،ولا تحالف وأمّا بالنسبه إلى العين فواضح أنّ القابض مُدَّعٍ يدّعى القرض، والمالكمُنكِر، وأيضاً لا مورد للتحالف . (البجنوردى). * العامل والمالك معترِفان بعدم استحقاق أُجره المثل، فلا وجه لِلحاظها، بل لهالحصّه من الربح؛ لاتّفاقهما عليها، ويُقسَّم الزائد بينهما . (الشريعتمدارى). * لا موقع لملاحظتها بعد اتّفاق المالك والعامل على عدم استحقاقها، كما أنّه لاموقع للتحالف بعد عدم إلزام عقد المضاربه العامل بشىء؛ وعليه فالعامل يدّعيملكيّه العين وتمام الربح، والمالك يعترف له بمقدار من الربح، فيكون العامل مدّعياًوالمالك منكراً، فيُقدَّم قول المالك . (الخوئى). * إن قلنا بسقوط أثر الدعوى بالتحالف أصلاً والرجوع إلى الأُصول، وهى منحصرهفى المقام بأصاله احترام العمل، وأمّا إن قلنا بأنّ أثر التحالف هو الإثبات من جههٍوالنفى من أُخرى فيُقسَّم نصف الحصّه بينهما، ولا يبعد رجحان الأوّل . (السبزوارى). * الظاهر أنّه ليس له أُجره المثل، بل له الحصّه باتّفاقٍ منهما، وفى باقى الربحالأحوط التصالح . (حسن القمّى). * لا وجه لثبوت أُجره المثل فى مثل المقام الّذى يعترف كلّ منهما بعدم استحقاقها،بل بعد التحالف أو النكول لابدّ من تقسيم المقدار الزائد على حصّه العامل بينهما، أوالرجوع إلى القرعه . (اللنكرانى).

من الربح(١) ، إلّا إذا كانت الأُجره زائدةً عن تمام الربح فليس له أخذها؛

١- ١. لا وجه لاعتبار اُجره المثل بعد اتّفاقهما على عدم استحقاقه لها، وإنّما يكون آ اختلافهما فى الربح؛ حيث إنّ القابض يدّعى استحقاق تمامه، والمالك يدّعياستحقاقه حصّةً منه كنصفه مثلاًـ فيكون استحقاقه للنصف ممّا اتّفقا عليه، والعامليدّعى البقيّه والمالك ينكرها، فالقول قوله مع اليمين . (عبدالله الشيرازى).

لاعترافه بعدم(۱) استحقاق أزيد من الربح.

إدّعاء المالک القرض والعامل المضاربه

(مسأله ۶۰) : إذا حصل تلف أو خسران فادّعی المالک أنّه أقرضه(۲) ، وادّعی العامل أنّه ضاربه قُدِّم(۳) قول(۴) المالک(۵)

ص: ۳۱۵

۱- ۱. کما أنّهما متّفقان علی عدم استحقاق اُجره المثل کاتّفاقهما علیاستحقاق النصیب من الربح والنزاع فی الزائد فالظاهر أنّ الحکم التنصیفبعد التحالف، أو النکول . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. تقدیم قول المالک لعلّه لقاعده الید، وهو مشکل؛ إذ هو من قبیل التمسّک بالعامّ فیالشبهه المصداقیّه . (کاشف الغطاء).

۳- ۳. إن کان المناط هو محطّ الدعوی فالحکم هو التحالف، وإن کان هو الغرضفالظاهر تقدیم قول العامل فی نفی الاقتراض؛ لأنّ دعواه القَراض غیر ملزمه ،فلا یتوجّه علیه إلّا الیمین علی نفی ما ادّعاه المالک، ویمکن تقدیم قول المالکعلی هذا الفرض، نظراً إلی ما أفاده بعض المحقّقین فی الحاشیه، من کون أصالهالضمان فی الأموال التالفه عند غیر مالکها الثابته بالنصّ والإجماع موافقه للمالک،فیصیر منکِراً علیه الیمین . (اللنکرانی).

۴- ۴. فی هذا المقام أیضاً یحتمل التحالف بلحاظ المحطّ، وتقدیم قول العامل بلحاظالمرجع، ومحطّ الدعوی أولی باللحاظ . (الخمینی).

۵- ۵. بعد الجزم التفصیلیّ بعدم وجود یدٍ مضمِّنه فی العین مرجع النزاع المزبور إلیالتضمین بالعقد، والأصل حینئذٍ مع مدّعی المضاربه . (آقاضیاء). * فیه تأمّل . (الإصفهانی، أحمد الخونساری). * لا یخلو من إشکال . (الکوه کَمَری). * یمکن أن یقال : بل قول العامل؛ للشکّ فی اشتغال ذمّته بالتالف . (صدرالدینالصدر). * لأصاله الضمان فی الأموال التالفه عند غیر مالکها الثابته بالنصّوالفتوی، ولولاها لکان القول قول العامل؛ لأصاله عدم الإقراض، وکوندعوی القَراض غیر ملزمه . (البروجردی). * لا یبعد تقدیم قول العامل . (عبدالهادی الشیرازی). * لقاعده احترام مال المسلم الموجب للضمان، ولتقدیم قول مدّعی المضاربه وجه .(البجنوردی). * لرجوع النزاع إلی الائتمان المالکیّ المخالف للأصل، فیحلف المالک علی نفیه،وتقتضی الید أثرها من الضمان . (الفانی). * لا یبعد تقدّم قول العامل مع حلفه علی نفی القرض؛ لعدم الأثر فی نفی القَراض،بخلاف القرض . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لأصاله الضمان فی الأموال التالفه فی ید غیر مالکها، وأصاله وجوب الردّ فیوضع الید علی مال الغیر، وغیرها من الوجوه، نعم؛ لاحتمال تقدیم قول العاملبیمینه علی نفی القرض وجه لو سُلِّم عدم جریان الأصل فی نفی المضاربه؛ لمکانعدم الأثر، ولکنّه مضعّف فی محلّه، کما أنّ احتمال التحالف کذلک . (المرعشی). * بل التحالف إن لم یکن أقرب فلا ریب فی أنّه أحوط . (محمّد الشیرازی).* بل قُدِّمَ قول العامل؛ لأصاله عدم الإقراض بعد کون دعوی القَراض غیر ملزمه،وأصاله الضمان فی الأموال التالفه عند غیر مالکها لا مدرک لها سوی « علی الید » ،المعلوم عدم شموله للمقام، کان ذلک قرضاً أو قَراضاً، کما لا یخفی . (الروحانی).

مع اليمين(۱) .

النزاع فی کونه إبضاعاً أو مضاربه

(مسأله ۶۱) : لو ادّعی(۲) المالک الإبضاع والعامل المضاربه

ص: ۳۱۶

۱- ۱. محلّ تأمّل . (الإصطهباناتی). * فیه تأمّل . (عبدالله الشیرازی).

۲- ۲. فیه تفصیل لا تسعه الحاشیه . (صدرالدین الصدر).

يتحالفان(۱) ، . . . .

ص: ۳۱۷

---

۱ - ۱. والأقوى تقديم قول المضارب فى الحكم بملكيّه سهمه من الربح؛ ليده على المالالمحتمل . (آقا ضياء). * يمكن أن يقال بتقديم قول المالك بيمينه فيستحقّ تمام الربح من دون أن يستحقّالعامل الأُجره؛ حيث إنّه معترف بعدم استحقاقه لها، وكذلك فى الفرض الآتى .(الإصفهانى). * هذه المسأله عكس المسأله التاسعه والخمسين إن كان الإبضاع مجّاناً، وإن عيّنالمالك أُجرةً للعامل فله تفصيل لا يسعه المقام . (صدرالدين الصدر). * لا يبعد تقديم قول المالك فى نفى المضاربه مع حلفه، فلا يستحقّ العامل شيئاً .(الكوه كَمَرى). * إن ادّعى المالك الإبضاع بلا أُجره، أو بأُجره المثل، وهى أقلّ من الحصّه المُدَّعاهمن الربح الحاصل، أو مباينه لها، وأمّا مع تساويهما أو كون الأُجره أكثر فالظاهر عدمتوجّه الحلف إليهما، بل يُحكَم له بالحصّه؛ أخذاً بإقرارهما . (البروجردى). * الظاهر تقديم قول المالك مع يمينه . (عبدالهادى الشيرازى). * بناءً على أنّ الإبضاع بأُجره المثل، فإذا كان أُجره المثل مساوياً لحصّه العامل منالربح على تقدير المضاربه أو أكثر فلا نزاع، وإن كان أقلّ فبالنسبه إلى مقدار الأُجرهأيضاً لا نزاع؛ لأنّهما متّفقان، وبالنسبه إلى مقدار الزائد يكون العامل مدّعياً والمالكمنكراً، فإذا حلف فلا شىء عليه . (البجنوردى). * أمّا التحالف فلأنّ دعوى الإبضاع جارّه لتمام الربح إلى المالك، ودعوى المضاربهجارّه لحصّهٍ منه إلى العامل، وأمّا استحقاق العامل للأُجره فللاتّفاق على استيفاءالمالك عمله بالأمر، وأمّا كونها أقلّ الأمرين فلأنّ أُجره المثل إن كانت أزيد منالحصّه كان العامل مقرّاً بعدم استحقاقه للزائد، وإن كانت أقلّ من الحصّه فليس لهغيرها؛ لعدم ثبوت الحصّه بعدم ثبوت المضاربه . (الفانى). * احتمال التحالف ها هنا ضعيف؛ لعدم جريان أصاله عدم البضاعه، والظاهر تقديمقول المالك بيمينه، ولكنّ الظاهر استحقاق مقدار أقلّ الأمرين من الأُجره والحصّه؛لكون هذا المقدار مورد توافقهما، إلّا أن يدّعى المالك مع ذلك تبرّعيّه العمل، فهيدعوى أُخرى تنفصل على الموازين، بل الظاهر عدم التحالف فى الفرع الآتى أيضاً،بل يحلف العامل على نفى المضاربه، فيحكم له بأُجره المثل . (الخمينى). * تقديم قول المالك بيمنيه على نفى القَراض لا يخلو من قوّه، ولا أثر لدعواهالإبضاع . (المرعشى). * لاتّفاقهما على استحقاق العامل بعمله شيئاً، لكنّ المالك يلزمه بقبول أُجره المثل،كما أنّه يلزم المالك بإعطاء ما يدّعيه من الحصّه من الربح، نعم، إذا قلنا بعدم ضمانالمالك فى فرض الإبضاع قدّم قول المالك؛ لأنّه منكر للمضاربه . (الخوئى). * لا يبعد تقدّم قول المالك مع يمينه على نفى القَراض، وأمّا الإبضاع فلا أثر لنفيه إنكان بلا أُجره، وإن كان مع الأُجره فإقرار للعامل بمقدارها، وقد مرّ أنّه لا يستحلفالمنكر لنفى ما أقرّ المُقِرّ له . (محمّد رضا الگلپايگانى). * فيما إذا ثبت أُجره المثل للإبضاع وكانت مباينةً مع الحصّه المدّعاه، وفى غيرهيُقدَّم قول المالك مع اليمين . (السبزوارى). * هذا لو لم نقل بأنّه ليس فى البضاعه أُجره، وإلّا فالقول قول المالك مع يمينه، ولميكن للعامل شيئاً . (حسن القمّى). * إذا كانت الأُجره أقلّ من الحصّه يقدَّم قول المالك؛ لاتّفاقهما على استحقاق مقدارالأُجره، والعامل يدّعى الزائد والمالك يُنكِره، ولو كانت الحصّه أقلّ لا وجه لحلفالعامل؛ لاعترافه عدم استحقاق الزائد، بل يدخل المقام فيما لو تعارض إقرار بإنكارالمقرّ له، والمسأله ذات أقوال ووجوه . (الروحانى). * فيما إذا ادّعى المالك الإبضاع بلا أُجره، أو بأُجره أقلّ من الحصّه الّتى يدّعيهاالمالك، أو مباينه لها، أو كان الملاك فى التحالف محطّ الدعوى، وإلّا فالظاهر عدمتوجّه الحلف إليهما، بل يُحكَم للعامل بالحصّه فقط . (اللنكرانى).

ومع الحَلِف(۱) أو النُكَول منهما يستحقّ العامل أقلّ

ص: ۳۱۸

---

۱ - ۱. إذاكـانت دعوى المالـك الإبضـاع بلاأُجره،أوبأُجره مباينه للربـح،وأمّا عنـدالاختلاف آ فى القلّه والكـثره فلاـ يكـون مورد التحالف، بل لابدّ من إعطاء المتيقّن بالعامل،ويكون المالك منكراً بالنسبه إلى الزائد، والقول قوله مع اليمين . (عبدالله الشيرازى).

الأمرين(۱) من الاُجره والحصّه من الربح، ولو لم يحصل ربح فادّعى المالک المضاربه لدفع الاُجره(۲)، وادّعى العامل الإبضاع(۳) استحقّ العامل(۴) بعد التحالف(۵) . . . .

۱- ۱. لو كانت الاُجره دون الحصّه فاستحقاق العامل لمقدار الاُجره هو الّذى يقتضيهتسالمهما على احترام عمله، كما تقدّم فى الحاشيه السابقه، ويكون مدّعياً بالنسبهإلى القدر الزائد عليها، فيقدّم قول المالك بيمينه فى ذلك . ولو انعكس الأمرفاستحقاقه لمقدار الحصّه هو المتّفق عليه بينهما، وبالنسبه إلى الزائد عليها يقرّالمالك للعامل بما ينفى استحقاقه له، ويندرج المقام فيما لو تعارض إقرار المقرّوإنكار المقرّ له، والمسأله مشكله جدّاً، وذات وجوه، بل أقوال . (النائينى). * لو كانت الاُجره دون الحصّه فاستحقاق العامل لمقدار الاُجره هو الّذى يقتضيهتسالمهما على احترام عمله، كما تقدّم فى الحاشيه السابقه، ويكون مدّعياً بالنسبهإلى القدر الزائد عليها، فيُقَدَّم قول المالك بيمينه فى ذلك، ولو انعكس الأمرفاستحقاقه لمقدار الحصّه هو المتّفق عليه بينهما، وبالنسبه إلى الزائد عليها يقرّالمالك للعامل بما ينفى استحقاقه له، ويندرج المقام فيما لو تعارض إقرار بإنكارالمقرّ له، والمسأله مشكله جدّاً، وذات وجوه، بل أقوال . (جمال الدين الگلپايگانى). * فيه إشكال . (المرعشى).

۲- ۲. عن نفسه وذمّته . (المرعشى).

۳- ۳. أى على وجهٍ يستحقّ معه اُجره المثل، والأقوى فيه عدم الحاجه إلى التحالف، بليحلف العامل على نفى القَراض، ويُحكَم له بأُجره المثل . (البروجردى).

۴- ۴. محتاج إلى التأمّل . (الكوه كَمَرى).

۵- ۵. الظاهر تقديم قول المالك مع حلفه إذا لم يُثبِت العامل الإبضاع . (عبدالله الشيرازى). * أمّا التحالف فلدعوى المالك حقّ استيفاء العمل من العامل مجّاناً ــ وهذا معنيقول الماتن : « لدفع الاُجره » ــ ودعوى العامل استحقاقه للاُجره، وأمّا ثبوت اُجرهالمثل بعد التحالف فلاستناد العمل إلى أمر المالك . (الفانى). * على فرض كون الاُجره المدّعاه أزيد من اُجره المثل، أو كونها معيّنه، وقد عرفتالإشكال فى التحالف، ولاحتمال تقديم قول العامل بيمينه وجه وجيه . (المرعشى). * هذا لو كان المدّعى الإبضاع باُجره معيّنه، أو أزيد من اُجره المثل، وإلّا فالظاهرتقديم قول العامل مع حلفه، ولا أثر لنفى الإبضاع حتّى يستحلف المالك . (محمّدرضاالگلپايگانى). * يمكن الاكتفاء بيمين العامل لنفى المضاربه؛ لاستحقاقه لاُجره المثل إن لم يكنالإبضاع مجّانيّاً . (السبزوارى). * لا وجه للتحالف، بل يحلف المالك على عدم الإبضاع، وعدم استحقاق العاملالاُجره، ويُحكَم بعدم استحقاق العامل عليه شيئاً . (الروحانى). * أى بناءً على ثبوت التحالف هنا؛ نظراً إلى كون المناط هو المحطّ، وأمّا معملاحظه الغرض فالظاهر لزوم حلف المالك لنفى ما يدّعيه العامل من استحقاقاُجره المثل . (اللنكرانى).

اُجره(۱) المثل لعمله(۲) .

الاختلاف فی مقدار الربح أو حصوله، أو فی مقدار نصیب العامل

(مسأله ۶۲) : إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصّه العامل، واختلفا فی

۱- ۱. بل یقدّم قول العامل مع یمینه . (عبدالهادی الشیرازی).

۲- ۲. الظاهر أنّ فی هـذه الصوره یکون العامل مـدّعیاً لاُجره المثل، والمالک منکِراً، فإذاحلف لا یسـتحقّ العامل شـیئاً، فلا یبقی مورد للتحالف أصـلًا . (البجنوردی). * الظاهر أنّه لا مجال للتحالف فی الفرض؛ لأنّ العامل یـدّعی اُجره المثل علیالمالک؛ بناءً علی ثبوتها فی الإبضاع، والمالک ینکرها، فإذا حلف لم یسـتحقّ العاملعلیه شـیئاً . (الخوئی). * فیه نظر . (محمّد الشیرازی). * فی ثبوت التحالف والاُجره له نظر وإشکال . (حسن القمّی).

مقـدار الربـح الحاصل فالقول قول العامل(۱) ، كمـا أنّهمـا لو اختلفـا فی حصوله وعـدمه كـان القول قوله، ولو علم مقـدار المال الموجود فعلاً بيد العامل واختلفا فی مقدار نصيب العامل منه: فإن كان من جهه الاختلاف فی الحصّه أنّها نصف أو ثلث فالقول قول المالك قطعاً، وإن(۲) كـان من جهه الاختلاف فی مقـدار رأس المال فالقول قوله(۳) أيضاً(۴) ؛ لأنّ المفروض أنّ تمام هذا الموجود من مال المضاربه أصلاً وربحاً، ومقتضی الأصل(۵) كونه بتمامه

ص: ۳۲۱

۱- ۱. بل قول المالك فيه وفی ما بعـده . (الإصـفهانی). * هذا مبنیّ علی ما سلكه قدس سره فی الباب من انتقال العوض إلی المالـك والعامـل فيـالمرتبه الواحـده، وأمّا علی مـا هو المشـهور من انتقـاله ابتـداءً إلی المالـك ومنه ثانيـاً إليالعامل فالقول قول المالـك . (أحمـد الخونساری). * بناءً علی كون تملّك المالك والعامل للربـح فی عرضٍ واحـد، وأمّا بناءً عليالترتّب فالمقـدّم قول المالك . (المرعشی).

۲- ۲. لولا ـ أمـاريّه اليـد علی العين المحتمـل كونها بمقـدارٍ منها لـذی اليـد، وإلّا فهو حاكمعلی أصاله عـدم الجعل فی المقـدار المشكوك . (آقاضياء).

۳- ۳. قد مرّ الإشـكال والتأمّل فيه، وأنّ تقدُّم قول العامل فی مثله لا يخلو من قوّه . (محمّدرضا الگلپايگانی). * قد مرّ التفصـيل فيه . (اللنكرانی).

۴- ۴. قد مرّ التأمّل فيه . (البروجردی). * قد مرّ التأمّل فيه فی المسأله الخمسين . (الروحانی).

۵- ۵. قـد مرّ الإشـكال فيه . (الفيروزآبادی). * تقـدّم ما هو الأقوی . (صدرالـدين الصـدر). * مرّ الكلام فی هذا الفرض وفی مقتضی الأصل . (الخمينی).

للمالک(۱) ، إلّا ما علم(۲) جعله للعامل، وأصاله عدم دفع أزید من مقدار کذا إلی العامل لا تُثبِت کون البقیّه ربحاً، مع أنّها معارضه(۳) بأصاله عدم حصول الربح أزید من مقدار کذا، فیبقی کون الربح تابعاً للأصل إلّا ما خرج(۴) .

مسائل :

اشاره

مسائل]متفرّقه[المضاربه / مسائل متفرّقه

الاُولی: موت العامل وعنده مال مضاربه

الاُولی : إذا کان عنده مال المضاربه فمات: فإن علم بعینه

فلا إشکال، وإلّا فإن علم بوجوده فی الترکه الموجوده من غیر تعیین فکذلک، ویکون المالک شریکاً(۵) . . . .

۱- ۱. تقدّم الإشکال فیه، وأنّ دخول الربح من أوّله فی ملک المالک والعامل معاً غیربعید . (محمّد الشیرازی).

۲ - ۲. بل إلّا ما جعل واقعاً، والظاهر دفع ما یعترف کلّ منهما أنّه للطرف الآخر،وتنصیف البقیّه بعد التحالف . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. عرفت أنّ أصاله عدم زیاده رأس المال حاکمه علی أصاله عدم زیاده الربح؛لکون الشکّ فی الثانی مسبّب عن الشکّ فی الأوّل، أمّا أنّه لا یُثبِت أنّ البقیّه ربحفغیه : أنّه لا حاجه إلی إثبات أنّه ربح للبقیّه، وإنّما أثره عدم وجوب دفع العامل أکثرممّا اعترف به من الأصل والربح . (کاشف الغطاء).

۴- ۴. لابدّ من إسقاط ید العامل عن الاعتبار أیضاً، والاُخری أماره الملکیّه فی الجمله .(السبزواری).

۵- ۵. ویحتمل فیما إذا اختلف المالان جنساً القرعه أو المصالحه . (الکوه کَمَری). * فی حصول الشرکه مع اختلاف الأجناس بل مع عدمه إشکال، وربّما یأتی فیصوره القرعه . (عبدالله الشیرازی). الحکم بالشرکه إنّما هو فیما إذا علم امتزاج مال المضاربه مع ماله امتزاجاً یوجبالشرکه علی نحو ما یأتی فی کتاب الشرکه، وأمّا إذا اشتبه المالان فلا یحکمبالشرکه، بل یعالج بما فی نظائر المقام من اشتباه أموال الملّاک وهل هو بإیقاعالصلح بینهما، أو التقسیم بحسب نسبه المالَین، أو إعمال القرعه؟ وجوه أقواهاالأخیر . (الخمینی). * الشرکه حیث یکون امتزاج، والاختلاط مع التمییز لا یوجب الشرکه کماسیجیء، فالمرجع الاقتراع، أو التصالح القهریّ، أو التساهم بالنسبه، ولعلّ الأوّلأقرب، والثانی أشهر، والثالث مُضعَّف فی محلّه . (المرعشی). * فی المخلوط بلا تمیّز، وأمّا مع التمیّز فی الواقع والاشتباه بحسب الظاهر فسیأتیمنه قدس سره فی الشرکه : أنّ حکمه هو الصلح القهریّ أو القرعه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع وجود شرط الشرکه، وهو ما إذا لم یکن تمیّز لدی العرف واقعاً کامتزاجالمائعین، وإلّا فالحکم الرجوع إلی الصلح أو القرعه . (اللنکرانی).

مع الورثه(۱) بالنسبه(۲) ، ويُقـدَّم على الغرمـاء إن كـان الميّت مـديوناً؛ لوجود عين مـاله فى الـتركه. وإن علم بعـدم وجوده فى تركته ولا فى يده، ولم يعلم

ص: ۳۲۳

۱- ۱. فى حصول الشـركه القهريّه فى بعض صور المسأله إشكال، بل الظاهر العدم .(البجنوردى). * لا وجه لشركه المالك إذا كـان مـاله متميّزاً فى الواقع، وإنّمـا يجريعليـه حكـم اشـتباه المـالَين، نعـم، لـو علـم باتّحـاد الجنس والاـمتزاج يحكمبالشـركه . (الشريعتمدارى). * مجرّد عدم تعيين مال المالك بعينه لا يوجب الشركه مع الورثه فى التركه . (حسنالقمّى).

۲- ۲. فى ثبوت الشـركه بعـدم تميّز المـال ولاـ سـيّما مع اختلاف الأجناس إشـكال، بلمنع . (الخوئى). * فى ثبوت الشـركه مع الاشتباه وعدم تمييز المال خصوصاً مع اختلاف الأجناسكلام، سيأتى فى أحكام الشركه . (الروحانى).

أنّه تلف بتفريط أو بغيره، أو ردّه على المالك فالظاهر عدم ضمانه(۱) ، وكون جميع تركته للورثه، وإن كان لا يخلو من إشكالٍ(۲) بمقتضى بعض الوجوه(۳) الآتيه. وأمّا إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ولم يعلم(۴) أنّه موجود في تركته الموجوده، أو لا بأن كان مدفوناً في مكانٍ غير معلوم، أو عند شخصٍ آخر أمانه أو نحو ذلك، أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده بحيث لو كان حيّاً أمكنه الإيصال إلى المالك، أو شكّ في بقائه في يده وعدمه أيضاً ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وأمثاله

۱- ۱. لعدم وفاء دليلٍ أو أصلٍ على اشتغال ذمّه الميّت ببدله ليحلّ بموته في تركته .(الفاني).

۲- ۲. لا إشكال فيه . (مهدي الشيرازي). * لكنّه غير وجيه . (الخميني). * لا إشكال فيه . (حسن القمّي).

۳- ۳. وسيتّضح ضَعفه بالمراجعه إلى الحاشيه الآتيه . (آقاضياء).

۴- ۴. بعدما كانت يده الاُخرى ممّا يحتمل خروجه عن مورد ابتلاء الوارث، أو علمبخروجه عنه _ كما في الفرض الثاني _ كانت يده الاُخرى بالنسبه إلى المالالمحتمل كونه له بلا معارض، فيحكم بكونه للورثه، نعم، للمالك بدل الحيلوله منماله الموجود فيكون اُسوه الغرماء في أخذ بدل ماله من الموجود، ومن هنا ظهرحال صوره الشكّ في بقائه في يده مع الجزم بعدم كونه في الموجود، أو الشكّ فيهمن الأوّل، وأمّا لو علم سابقاً كونه في الموجود وشكّ في بقائه فيه فاستصحاب بقاءيده السابقه على مال الغير في الأعيان الموجوده يوجب سقوط يده على تمامالموجود عن الحجّيه، بل يقتضي أحقّيه مالك العين بأخذ ماله الموجود في البينبنحو الإجمال، ولا يكون حينئذٍ اُسوهً للغرماء، كما لا يخفى . (آقاضياء).

كالرهن والوديعه ونحوهما مختلفه، والأقوى(١) الضمان(٢) فى

١- ١. فيه إشكال . (الفيروزآبادى).

٢- ٢. الظاهر اختصاص الضمان بما إذا كان مفرِطاً فى ترك الوصيّه به، وإلّا فالأقويعدمه . (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * بل الأقوى عدم الضمان فيهما . (الإصفهانى). * الأظهر وجوب تخلّص الورثه فى الثانيه؛ للعلم الإجمالىّ بكون بعضما كان فى يده إلى زمان موته مال الغير، والأحوط الضمان فى الاُوليوالثالثه . (عبدالله الشيرازى). * بل الأقوى عدم الضمان، والوجوه الّتى تمسّك بها غير وجيهه؛ لكون المورد منالشبهه المصداقيّه؛ لدليل « اليد » على فرض تسليم شموله للأمانات، وهو فى محلّالإشكال مع إمكان إحراز حال اليد بالأصل وإخراجها من تحت الدليل؛ لكون يدهمسبوقةً بعدم كونها على وجه الضمان، وأمّا التمسّك بردّ الأمانات وخبر السكونى_ فهوكماترى _ كالتمسّك بسقوط اليد فى الصوره الاُولى للعلم الإجمالى . (الخمينى). * فيه نظر، ولعلّ عدم الضمان أقرب؛ حيث لا يكون تفريط ولو من جههترك الوصيّه، والاستدلال بعموم على اليد تمسّك بالعامّ فى الشبهه المصداقيّهبعد الاعتراف بشموله للأمانات وسائر ما تمسّك به فى ذيل كلامه منظور فيه،كما سيأتى، نعم، الأحوط التخلّص بالصلح أو الاسترضاء، سيّما فى الاُوليمنهما . (المرعشى). * بل الأقوى عدم الضمان فى الصورتَين، والتمسّك بالعموم تمسّك بالعامّ فى الشبههالمصداقيّه بعد الاعتراف بخروج بعض الصور، مع احتمال كون محلّ النزاع فيه .(محمّد رضا الگلپايگانى). * بل الأظهر عدم الضمان فى الصوره الثانيه، إلّا مع ثبوت التفريط ولو من جهه تركالوصيّه به، ووجوب التخلّص فى الصوره الاُولى، وأمّا التمسّك بعموم الحديثلإثبات الضمان فيهما فهو مخدوش من وجوه . (الروحانى). * بل الأقوى عدمه فيهما؛ لأنّ التمسّك بالعموم المذكور من مصاديق التمسّك بالعامّفى الشبهه المصداقيّه، وهو غير جائز، كما أنّ دعوى أنّ العلم الإجمالىّ بكون بعضما كان فى يده إلى موته مال الغير أسقط اعتبارها فى جميع أطرافه بالنسبه إلى القدرالمعلوم، يدفعها عدم تأثير العلم الإجمالىّ فى المقام، كما لا يخفى . (اللنكرانى).

الصورتَين[(١)](#content_note_326_1) . . . .

ص: ٣٢۶

١- ١. لا قوّه فيه، والوجوه المذكوره مخدوشه . (الكوه كَمَرى). * بل الأقوى عدم الضمان فيهما، إلّا إذا كان مفرِطاً فى ترك الوصيّه به .(الإصطهباناتى). * الأقوى عدم الضمان فيهما، إلّا أن يكون خرج عن كونه أميناً بتفريطه فى تركالوصيّه به . (البجنوردى). * بل الأقوى عدم الضمان فى الصوره الثانيه، ووجوب التخلّص فى الصوره الاُولى .(عبدالهادى الشيرازى). * الظاهر عدم الضمان فى الصوره الثانيه، وأمّا الصوره الاُولى فالظاهر فيها عدمجواز تصرّف الورثه فى ما بأيديهم حتّى يتخلّصوا منه . (أحمد الخونسارى). * الأقوى عدم الضمان فيهما، أمّا الصوره الاُولى فلعدم علم الورثه ولو إجمالاًبوجود مال المضاربه فى التركه، وعلمهم بأنّ مورّثهم كان ذا اطّلاعٍ واستيلاءٍ عليالمال إلى زمان موته لا يستلزم علمهم بوجوده فى التركه، ولا يستلزم أيضاً سقوطيد المورّث عن الأماريّه على الملكيّه للتركه؛ لأنّ العلم الإجمالىّ المستلزم لسقوطأماريّه يده على ملكيّته للتركه بمقدار المعلوم بالإجمال ما يكون مورد تشكيلهالتركه، لا المردّد بين الداخل والخارج، فالعلم الحاصل للورثه لا يكون منجَّزاً فيحقّهم، ولا موجباً لسقوط أماريّه يد المورّث على ملكيّه جميع التركه له، وأمّاالصوره الثانيه فعدم الضمان فيهما أظهر؛ للعلم بعدم كونه فى التركه، وتوهّم أنّه لوكان حيّاً كان مكلّفاً بإيصاله إلى المالك فيجب على الورثه تخليص المال عنه،مدفوع : بأنّ الوجوب التكليفىّ فى حقّ الميّت لا يكون موجباً لضمان الورثه؛ إذ ماهو المناط فى ضمانهم العلم بوجود مال الغير فى التركه، أو اشتغال ذمّه مورّثهمبمالٍ أو حقٍّ للغير ليحلّ فى تركته بموته، والمفروض عدم علمهم بأحد الأمرين فيهذه الصوره، ومن هنا ظهر أنّ شمول قاعده اليد للأمانات أو عدم شمولها لها _ كماهو التحقيق _ أجنبى عمّا يكون الماتن بصدده من ضمان الورثه، وأمّا وجوب ردّالمال إلى مالكه فهو حكم تكليفى، ولا يرتبط بالورثه أصلاً؛ لما عرفت من أنّ ما هوالموضوع لتكليفهم ليس الحكم التكليفى المتعلّق بمورّثهم، فلهم الأخذ بأماريّه اليدالحاكمه بأنّ جميع التركه ملك لهم بالفعل بعد عدم وجود علم إجمالىٍّ حاكم عليها؛لدوران متعلّقه بين الداخل والخارج، وأمّا خبر السكونى فلا يشمل الصورتَين قطعاً .(الفانى). * بل الأقوى عدم الضمان فيهما . (الشريعتمدارى). * بل عدم الضمان فيهما وفى الصوره الثالثه أقرب . (محمّد الشيرازى). * الظاهر اختصاص الضمان فيما إذا كان مفرِطاً فى الوصيّه به أو بنحو آخر، وإلّافالأقوى عدم الضمان . (حسن القمّى).

الاُولَيَين(۱) ؛ . . . .

---

۱ - ۱. بـل الأظهر عـدم ضـمان الميّت فى الصـورتَين، والوجـوه المـذكوره غير تـامّه، إلّاأنّه لا يجوز للورثه فى الصوره الاُولى التصـرّف فى التركه قبل التخلّصعن حقّ المضارِب؛ للعلم الإجمالىّ بكون بعض ما فى يـد الميّت مال الغيرالمسـقط لاعتبارها فى أطرافه . (مهـدى الشـيرازى). * بل الأقوى عـدم الضـمان فى الصوره الثانيه، وأمّا الصوره الاُولى فالظاهر فيها عدمجواز تصـرّف الورثه فى مـا بأيـديهم حـتّى يتخلّصوا منه، لا لضـمان الميّت وتعلّقهبـالتركه حـتّى يكون اُسوهً للغرمـاء كمـا أفـاد؛ بـل لأنّ العلم الإجمـالىّ بكون بعض ماكـان فى يـده إلى موته مال الغير أسـقط اعتبارها فى جميع أطرافه بالنسـبه إلى القـدرالمعلوم فعلى هـذا يكون المضـارِب مُقـدَّماً على الغرماء، لا اُسوهً لهم . (البروجردى). * بل الأقوى عـدمه، إلّا مع ثبوت التفريط ولو من جهه ترك الوصـيّه به، وأمّا التمسّكبعموم الحديث لإثبات الضمان فمخدوش من وجوه . (الخوئى). * بل الأقوى عدمه فيهما، إلّا مع ثبوت التفريط ولو فى ترك الوصيّه، كما سيأتى منه قدس سره ، ولكنّ الاحتياط فى التراضى فى جميع الصور . (السبزوارى).

لعموم قوله علیه السلام(۱) : «علی الید ما أخذت حتّی تودّی»(الانتصار للمرتضی: ۳۱۷، ۴۶۸، الخلاف للطوسی: ۳/۲۲۸، مسند أحمد: ۵/۸، سنن الدارمی :۲/۲۶۴، السنن الکبری للبیهقی: ۸/۲۷۶.)؛ حیث إنّ الأظهر شموله(۲)

ص: ۳۲۸

---

۱ - ۱. لیست المسأله مبتیّهً علی شمول العامّ لأیادی الأمانه، کیف وید المیّت باقیهعلی الأمانه الخارجه عن العموم إلی حین الموت؟ وإنّما الضمان من جههاعتبار العرف بقاء حکم یده بعد موته وانقلابه؛ من جهه مطالبه المالک بالیدالمضمّنه الموجبه لرجوع المالک إلی بدل الحیلوله، ولولا هذا الاعتبار لَماکان له وجه؛ لعدم اقتضاء یده حال حیاته ضماناً فی الموجود، ولا یَدَ (فی الأصل : (ولایُیِدّ) ، الظاهر أنّ الصحیح ما أثبتناه .) للوارث علی ماله أیضاً؛ لأنّ المفروض أنّ الموجود بمقتضی ید المیّت محکومبالملکیّه بعد فرض خروج المحتمل الآخر عن محلّ ابتلائه، کما أشرنا إلیهفی الحاشیه السابقه فراجع . (آقاضیاء). * الظاهر أنّ التمسّک بالروایه الشریفه فی المقام مبنیّ علی جواز التمسّک بالعامّ فیالشبهات المصداقیّه، وربّما لاحَ منه _ طاب ثراه _ فی بعض الموارد الجواز، ولکنّالأقوی العدم . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. الظاهر خروج الأمانات تخصیصاً أو تخصّصاً عن عمومه . (النائینی، جمال الدینالگلپایگانی). * بل الأظهر عدم شموله لها وخروجها عنه تخصّیصاً أو تخصیصاً . (الإصطهباناتی). * فیه إشکال، واحتمال خروجها عن الموضوع أو الحکم غیر بعید، ثمّ علی فرضالشمول وخروج بعض الصور کالتلف بلا تفریط وبقاء بعضها کالتلف معه کیف یجوز التمسّک بالعموم مع الشکّ فی حال المورد؟ إنّه من مصادیق العنوان الباقی أوالخارج . (المرعشی).

للأمانات(۱) أیضاً.

ودعوی خروجها؛ لأنّ المفروض عدم الضمان فیها مدفوعه: بأنّ غایه ما یکون خروج بعض(۲) الصور(۳) منها، کما إذا تلفت بلا تفریط، أو ادّعی تلفها(۴) کذلک إذا حلف، وأمّا صوره التفریط

---

۱ - ۱. الظاهر خروج الأمانات عن تحت عموم « علی الید » تخصیصاً أو تخصّصاً، وفیمورد التعدّی والتفریط یخرج عن کونه أمیناً، فإذا حصل الشدّ فی التفریط لا یمکنالتمسّک بعموم « علی الید ». (البجنوردی). * ولو فرض شموله لها لا یفید؛ لأنّ المستفاد من جمیع الأدلّه خروج ید الأمینالم یتعدَّ ولم یفرّط عن العموم المذکور، وبأصاله عدم التفریط والتعدّی یثبتعنوان الخاصّ (کذا فی أصل النسخه .) ، فیُحکَم علیه بعدم الضمان، ولو فرض الشکّ وعدم جریان الأصلفالشبهه مصداقیّه لا یجوز التمسّک فیها بالعموم . (حسن القمّی).

۲ - ۲. بعد خروج بعض الصور منها وبقاء بعض الصور فیها مع الجهل بأنّ المورد منالباقیه أو الخارجه لا یجوز التمسّک بها؛ لکون الشبهه مصداقیّه . (الإصفهانی).

۳ - ۳. بعد فرض خروج بعض الصور منها ــ کما إذا تلفت بلا تفریط ونحوه وبقاء البعضالآخر مثل صوره التفریط والإتلاف ونحوهما والشکّ فی کون المورد من الصورالباقیه أو الخارجه ــ یکون التمسّک بها تمسّکاً بالعامّ فی الشبهه المصداقیّه، ولعلّه قدس سره قائل بجوازه . (الإصطهباناتی).

۴ - ۴. بلا تفریط، وخروج یدِ مَن تلف عنده عن العموم واقعیّ، بخلاف ید المدّعیّللتلف، فالتسویه بینهما غیر سدیده . (المرعشی). * فی جعل صوره ادّعاء التلف قبال التلف بلا تفریطٍ ما لا یخفی؛ لأنّ الخارجه عنالعموم هی ید الأمین الواقعیّ، ودعوی الموتَمَن مقبوله فی الظاهر مع الیمین؛ ولذایحکم بضمانه مع العلم بخیانته . (محمّد رضا الگلپایگانی).

والإتلاف(۱) ، ودعوی الردّ(۲) فی غیر الودیعه(۳) ، ودعوی التلف(۴) والنُکُول عن الحَلِف فهی باقیه تحت العموم(۵) .

ودعوی أنّ الضـمان فی صوره التفریط والتعدّی من جهه الخروج عن کونها أمانه، أو من جهه الدلیل الخارجیّ _ کما تری _ لا داعی إلیها.

ویمکن أن یُتَمَسَّکَ(۶) بعموم(۷) ما دلّ علی وجوب ردّ الأمانه(۸) ، بدعوی

---

۱ - ۱. الظاهر أنّ الضـمان فی الإتلاف إجماعیّ، کما یستفاد من بعض، حتّی فی ما لا یکون فی ید المتلِف . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲ - ۲. وفیه إشکال، نظیر ما مرّ؛ لأنّ الباقیه تحت العامّ هی ید الخائن الواقعیّ، والمدّعیفی ما ذکر مع النکول محکوم فی الظاهر بالضمان، وأمّا مع العلم بصدق دعواه لمیحکم بضمانه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. بل لا تسمع دعوی الردّ فی الودیعه أیضاً . (الخوئی).

۴- ۴. الظاهر سماع دعوی التلف مطلقاً إذا لم یکن الموتَمَن متّهماً . (الخوئی).

۵- ۵. إن صدقت الخیانه، وهی مشکوکه . (المرعشی). * إن أحرز ذلک بوجهٍ معتبر، وإلّا فمع الشکّ یکون من التمسّک بالعامّ فی الشبههالمصداقیّه . (السبزواری).

۶- ۶. تقدّم التأمّل فیه، بل المنع . (صدرالدین الصدر). * یَرِد علیه ما یَرِد علی التمسّک بالعموم المتقدّم . (اللنکرانی).

۷- ۷. لو لم یکن من باب التمسّک بالعامّ فی الشبهه المصداقیّه بعد عدم إحراز کون الیدعادیه . (المرعشی).

۸- ۸. لا وجه لإثبات الضـمان به؛ لأنّه تکلیفیّ محض، نعم، یثبت الضمان بالتفریط،وعموم وجوب ردّ الأمانه لا یُثبِت التفریط بلا إشکال . (السبزواری). * الوجوب المذکور تکلیفیّ محض یتعلّق بنفس العین، ولا یقتضی ضماناً،ولا اشتغالاً، ووجوب البدل علی الغاصب والمفرّط وغیرهما مترتّبعلی الضمان . (حسن القمّی).

أنّ الردّ(١) أعمّ(٢) من ردّ العين(٣) وردّ البدل، واختصاصه بالأوّل ممنوع، ألا

١- ١. لو ثبت الضمان كما فى اليد العاديه كان الردّ مثلاً أو الأداء شاملاً لردّالبدل أيضاً، وأمّا مع عدم ثبوته _ كما هو مفروض المقام _ فلا مجال لهذهالدعوى وإثبات الضمان بها، ويكون بالتمسّک بالعموم عند الشکّ فى مصداقالعامّ أشبه . (جمال الدين الگلپايگانى).

٢- ٢. لو ثبت الضمان كما فى اليد العاديه كان الردّ مثلاً أو الأداء شاملاً لردّ البدل أيضاً،وأمّا مع عدم ثبوته _ كما هو مفروض المقام _ فلا مجال لهذه الدعوى وإثباتالضمان بها، ويكون بالتمسّک بالعموم عند الشکّ فى مصداق العامّ أشبه . (النائينى). * هذا مسلّم مع فرض الضمان، كما فى المغصوب، وفى الأمانات مع ثبوتالتفريط فيها، وأمّا مع عدمه يكون التمسّک بالعموم تمسّكاً به فى الشبههالمصداقيّه، نظير ما مرّ . (الإصطهباناتى). * هذه الدعوى فى الأمانه التالفه بلا تقصير مقطوعه الخلاف، فهى أيضاً تمسّكبالعامّ فى الشبهه المصداقيّه . (محمّد رضا الگلپايگانى). * فيه أوّلاً : أنّ وجوب الردّ تكليفىّ، وموضوعه الأمانه، وثانياً : أنّه بعد ثبوت عدمالضمان مع عدم التفريط التمسّک به تمسّک بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه، وهو لايجوز؛ وبذلک يظهر عدم جواز التمسّک بخبر السكونى، مع أنّ مورده العلم بوجودمال المضاربه فى التركه . (الروحانى).

٣- ٣. هذه الدعوى فاسده؛ فإنّ وجوب الردّ تكليفىّ، ومتعلّقه نفس الأمانه،مضافاً إلى أنّه قد ثبت عدم الضمان مع عدم التفريط، فلا مجال للتمسّک بالعموم،والشبهه مصداقيّه . (الخوئى).

ترى أنّه يُفهَم من قوله علیه السلام: «المغصوب مردود»(الکافی: ۱/۵۴۲، تهذیب الأحکام: ۴/۱۳۰، الوسائل: ۲۵/۳۸۶، ح۳، مع اختلاف بالألفاظ.) وجوب عوضه(۱) عند تلفه(۲) .

هذا، مضافاً إلى خبر السکونی(۳) ، عن علیٍّ علیه السلام: أنّه کان یقول: «مَن یموت

ص: ۳۳۲

۱- ۱. وجوب العوض من باب قاعده الید . (الفیروزآبادی).

۲- ۲. الفرق أنّه فی المغصوب یثبت الضمان عرفاً وشرعاً بالعین مع وجوده، وبالبدل معتلفه، بخلاف المقام الّذی یشکّ فی أصل ثبوته . (السبزواری).

۳- ۳. لم یتّضح لی دلاله الخبر علی مدّعاه، ولعلّه علی خلافه أدلّ . (الإصفهانی). * لا یخفی أنّ عمومه مخصَّص بما دلّ علی اختصاص ضمان العامل بصورهالتفریط أو التعدّی، فمع الشکّ فی التفریط أو التعدّی لا وجه للتمسّک به؛ لِما مرّ فیالحاشیتَین السابقتَین . (الإصطهباناتی). * ظاهر ذلک الخبر مورد العلم بوجود مال المضاربه فی الترکه، فهو أجنبیّ عنالمقام . (البجنوردی). * الخبر لا دلاله له؛ فإنّ مورده العلم بوجود مال المضاربه فی الترکه، فلا یشملمورد الکلام (وفی نسخه اُخری منه قدس سره : « الخبر غیر موثَّق، مضافاً إلی أنّه لاـ دلاـله له؛ فـإنّ مورده العلم بوجودمـال المضـاربه فی الترکه، فلا یشـمل مورد الکلام »).(الخوئی). * لا مجال للتمسّک به لمراده قدس سره لو أغمض عن تضعیف السند؛ لکون موردهوجود مال المضارب فی الترکه ولکن مشتبهاً، ولو سُلِّم شمولِه لِما نحن فیهفلابدّ من حمله علی فرض تعدّی العامل ولو بترک الوصیّه والتسمیه، ونحوهمامن المحامل . (المرعشی). * لا مناصَ إلّا لحمله علی صوره التعدّی ولو بترک التسمیه، مع عدمالعلم بکون المال فی الترکه للعلم بعدم الضمان بلا تعدّ، والعلم بتقدّمالمالک علی الغرماء مع بقاء عینه فی الترکه والالتزام بالتخصیص فی ما ذکر ممّالا داعی له . (محمّد رضا الگلپایگانی). * هو ظاهر الانطباق علی القسم الثانی الّذی تقدّم فی أوّل المسأله، فلا ربط لهبالمقام . (السبزواری). * الخبر وإن کـان موثوقاً به إلّـا أنّ الظـاهر منه العلم بوجود مال المضاربه فی الترکه،فلا یشـمل المورد . (حسن القمّی). * یردّ علیه مضافاً إلی عـدم تمامیّه السـند : أنّ مورده ما إذا عَلِم بوجود المال فیالترکه ولم یعلم عینه، فلا ارتباط له بالمقام . (اللنکرانی).

وعنده مال مضاربه قال: إن سمّاه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو اُسوه(۱) الغرماء»(۲) .

وأمّا الصوره الثالثه(۳) . . . .

ص: ۳۳۳

---

۱ – ۱. لاـ يخفى أنّ عموم قوله عليه السـلام: « فهو اُسوه الغرمـاء »(من لا يحضـره الفقيه : ۳/۲۲۹ ، ح ۳۸۴۷ ، تهذيب الأحكام : ۷/۱۹۲ ، ح ۳۷ ، دعائم الإسلامللمغربى : ۲/۷ ، ح ۲۶۳ ، وسائل الشيعه : ۱۹/۲۹ ، ح ۱.) وإن كان يعمّ المقام ونحوهلكن بعد أن لا مناص عن تخصـيصه بما يدلّ على إناطه ضـمان العامل بصورهالتفريط والتعدّى فمع الشكّ فى التفريط لا مجال للتشبّث به . (جمال الدين الگلپايگانى).

۲ – ۲. لا يخفى أنّ عموم قوله عليه السلام: « فهو اُسوه الغرماء » وإن كان يعمّ المقام ونحوه لكنبعد أن لا مناص عن تخصيصه بما يدلّ على إناطه ضمان العامل بصوره التفريطوالتعدّى فمع الشكّ فى التفريط لا مجال للتشبّث به . (النائينى).

۳ – ۳. الأقوى عـدم الضـمان، وأصاله بقاء يـده عليه إلى آخر آنات حياته لا يجدى مع الشكّ فى التفريط المتوقّف عليه ضـمانه، وعدم كون الأصل المذكورمُثبِتاً له . (جمال الدين الگلپايگانى). * الأقوى عدم الضـمان فيها؛ لأنّ استصـحاب بقاء المال تحت سلطـان الميّت إليزمـان موته لا يُثبِت وجوده فى التركه، وما هو موضوع تكليف الورثه الثانى، لاالأوّل، وتكليف الميّت بأدائه إلى زمان موته لا يُثبِت اشتغال ذمّته ببدله حال موتهليحلّ بموته فى تركته . (الفانى).

فالضمان(۱) فيها(۲) أيضاً(۳) لا يخلو عن قوّه(۴) ؛ لأنّ الأصل بقاء يده عليه إلى

ص: ۳۳۴

۱- ۱. فالحكم به فيها مشكل . (الفيروزآبادى). * الأقوى عدم الضمان، وأصاله بقاء يده عليه إلى آخر آنات حياتهلا يجدى مع الشكّ فى التفريط المتوقّف عليه ضمانه، وعدم كون الأصل المذكورمثبتاً له . (النائينى). * بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان؛ لأنّه إذا كانت اليد المتيقّنه غير مؤثّرٍ فيالضمان كما فى الصورتَين الأوَّلَتين فاليد المستصحبه لا تؤثّر قطعاً . (اللنكرانى).

۲- ۲. بل وجوب التخلّص لا يخلو من قوّه . (عبدالهادى الشيرازى).

۳- ۳. بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان، وأصاله بقاء يده لا تُثبِت التفريط المنوط عليهالضمان، ومن هنا انقدح بطلان جعلها حاكمةً على أصاله البراءه . (الإصطهباناتى). * قد ظهر ممّا ذكرنا عدم الضمان فيها أيضاً؛ للشكّ فى التفريط، واستصحاب بقاءيده عليه لا أثر له بعد كون يده يدَ أمانهٍ لا ضمان فيها، والشكّ فى خروجها عنكونها أمانةً بالتعدّى والتفريط، نعم، لو كان تركه الوصيّه به تعدّياً وتفريطاً منه فيخرجعن كونه أميناً فيضمن . (البجنوردى).

۴- ۴. الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان . (الإصفهانى). * لا قوّه فيه . (الكوه كَمَرى). * الأقوى فيها عدم الضمان، مع عدم التفريط، كما تقدّم . (صدرالدين الصدر). * لا قوّه فى الضمان، نعم، لا يبعد وجوب التخلّص مع احتمال كونه فى التركهالموجوده، ولكنّه لا يخلو من إشكال . (البروجردى). * الأظهر فيها أيضاً عدم الضمان؛ لقاعده اليد، مضافاً إلى أصاله براءه ذمّته بلاإشكالٍ يشوبهما . (مهدى الشيرازى). * الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان . (أحمد الخونسارى). * بل الضمان مشكل فيها أيضاً، والأحوط التخلّص بصلح ونحوه . (الشريعتمدارى). * الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان؛ فإنّ العلم ببقائه فى يده بالنحو المتقدّملم يكن موثّراً فكيف بالشكّ وأصاله بقاء يده عليه لا تثبت الضمان ولا كونالمال فى التركه؟ ! (الخمينى). * بل عدمه هو الأقوى، وأصاله البراءه من الضمان محكمه؛ لعدم جرياناستصحاب بقاء يده عليه إلى الموت للإثبات، وعدم استصحاب اشتغال ذمّتهبوجوب الردّ للتعليق . (المرعشى). * بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان، وأمّا التمسّك باستصحاب بقاء يده عليه إليما بعد الموت فيردّه : أنّ الضمان غير مترتّبٍ عليه ما لم يثبت التفريط، وأمّاالتمسّك باستصحاب اشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبه فيردّه : أنّه من الاستصحابالتعليقى، ولا نقول به، مضافاً إلى أنّ المتيقّن لا يحتمل بقاوه بعد الموت؛ لأنّهتكليفىّ محض، وعلى تقدير التسليم لا يترتّب عليه وجوب أداء البدل، وعليهفأصاله البراءه من الضمان بلا معارض . (الخوئى). * بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان، واليد المستصحبه ليست بأولى من المتيقّنهالّتى مرّ عدم الضمان فيها، هذا، مع العلم ببقاء العين، وأمّا مع الشكّ فاستصحاب بقاءاليد لا موضوع له، كما لا يخفى . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل عدم الضمان أقوى . (السبزوارى). * بل الأقوى فيها أيضاً عدم الضمان، وأصاله بقاء اليد لا تقتضى الضمان، بل أصالهعدم التعدّى والتفريط حاكمه بعدمه، وفى ما يذكره من النقص والإبرام نظر وإشكاليظهر بالتأمّل . (حسن القمّى). * لا قوّه فيه، فإنّ استصحاب بقاء يده عليه لايُثبِت الضمان المترتّب على ذلك معالتفريط، واستصحاب اشتغال ذمّته بالردّ عند المطالبه لا يجرى؛ لكونه منالاستصحاب التعليقى، مضافاً إلى أنّ المتيقّن حكم تكليفىّ، والمشكوك فيه الحكمالوضعى، مع أنّه لا يترتّب عليه وجوب ردّ البدل، فالأظهر عدم الضمان؛ لأصالهالبراءه والأحوط وجوب التخلّص . (الروحانى).

ما بعد الموت، واشتغال ذمّته(۱) بالردِّ عند المطالبه(۲) ، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يوخذ من تركته بقيمته.

ودعوى أنّ الأصل المـذكور معارض بأصاله براءه ذمّته من العوض، والمرجع بعـد التعارض اليـد المقتضـيه لملكيّته مدفوعه: بأنّ الأصل الأوّل حاكم(۳) على الثانى(۴) .

۱- ۱. الأولى المصير إلى ما ذكر من الوجه، وإلّا فاشـتغال ذمّته بالردّ عنـد المطالبهتكليف قائم به حال حياته غير مرتبط بالوارث بعـد فرض كون اليـد القائمهعليالمـال الموجود حـاكيهً عن الملكيّه بلاـ معـارض، نعم، لو كـان مـا هو مشـكوك فيالموجود يقيناً يستصحب عنوان يده على مال الغير فى الموجود، فيكون المالكأحقّ به من الغُرماء، والله العالم . (آقاضياء).

۲- ۲. ولكن لا يثبت بكلٍّ منهما التعدّى والتفريط الّذى يدور الضمان مداره، مع أنّ حالالمسلم يقضى بعدمه . (السبزوارى).

۳- ۳. نعم، لكن حيث كان الحاكم ذا أثرٍ مضافاً إلى أنّه يمكن أن يجرى أصاله عـدمالتفريط المؤثّر فى عدم الضـمان، ولا ريب فى أنّه ليس بمحكومٍ لأصاله بقاء اليدالمذكور فى كلامه . (المرعشى).

۴- ۴. لو كان مقتضاه الضمان، وهو ممنوع . (الإصفهانى). * لو ثبت يد التعدّى أو التفريط، وقد تقدّم ما فيه . (السبزوارى).

هذا، مع أنّه يمکن الخدشه فی قاعده الید(۱) : بأنّها مقتضیه للملکیّه إذا کانت مختصّه(۲) ، وفی المقام کانت مشترکه(۳) ، والأصل بقاوها علی الاشتراک.

بل فی بعض الصور یمکن أن یقال: إنّ یده ید المالک(۴) ؛ من حیث کونه عاملاً له، کما إذا لم یکن له شیء اصلاً، فأخذ رأس المال وسافر للتجاره ولم یکن فی یده سوی مال المضاربه، فإذا مات یکون ما فی یده(۵) بمنزله ما فی ید المالک، وإن احتمل(۶) أن یکون قد تلف جمیع ما عنده من ذلک المال،

۱- ۱. وهی ضعیفه؛ فإنّ الید حجّه فی إثبات الاختصاص أیضاً . (الروحانی).

۲- ۲. هذا القید محلّ منع بشهاده أماریّه ید الاثنین علی الإشاعه بینهما . (آقا ضیاء). * فیه إشکال . (المرعشی).

۳- ۳. الظاهر عدم کون المقام من موارد الاشتراک فی الید . (الخوئی). * لا یخفی ما فی هذه البیانات من الاختلال؛ لأنّ المال المعیّن الّذی یشکّ فی کونهصار ملکاً للغیر بضمانٍ کانت الید علیه مختصّه، والاشتراک فی الأموال بعنوانمفهومٍ کلّیٍّ لا ربط له بالدلیل . (الفیروزآبادی). * اشتراک الید بالنسبه إلی الأعیان الموجوده غیر مسبوقٍ بالعلم، والعلم بأمانیّتهابالنسبه إلی شیء لا یضرّ بکونها أمارهً للملک بالنسبه إلی الترکهً الموجوده ما لمیعلم باشتمالها علی ملک الغیر، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * دعوی الاشتراک فی هذه الصوره، وکذا دعوی الاختصاص بالمالک فی الصورهالآتیه ممنوعتان . (اللنکرانی).

۴- ۴. هذا فیما إذاعلم ببقاء مال المضاربه بعینه، وإلّا فقاعده الید محکّمه . (الخوئی).

۵- ۵. ممّا هو مال المالک، لا ما هو ماله . (الکوه کَمَری).

۶- ۶. کون یده بمنزله ید المالک مشکل، إلّا إذا کانت یده علی الأعیان الموجوده یدمضارب، فإذا احتمل تبدیلها بالید المالکیه یمکن استصحاب کونها ید مضارب .(محمّد رضا الگلپایگانی).

وأنّه استفاد لنفسه ما هو الموجود فی یده.

وفی بعض الصور: یده مشترکه بینه(۱) وبین المالک، کما إذا سافر وعنـده من مال المضاربه مقـدار، ومن ماله أیضاً مقدار(۲) ، نعم، فی بعض الصور لا تُعدّ یده مشترکه أیضاً، فالتمسّک بالید بقول مطلق مشکل(۳) . ثمّ إنّ جمیع ما ذکر إنّما هو إذا لم یکن بترک التعیین عند ظهور أمارات الموت مفرطاً، وإلّا فلا إشکال فی ضمانه(۴) .

الثانیه: اشتراط التنجیز فی المضاربه

الثانیه : ذکروا(۵) من شـروط المضاربه: التنجیز، وأنّه لو علّقها علی أمرٍ متوقّع بطلت، وکذا لو علّقها علی أمرٍ حاصلٍ إذا لم یعلم بحصوله، نعم، لو علّق التصرّف(۶) علی أمرٍ صحّ وإن کان متوقّع الحصول، ولا دلیل لهم(۷) علی ذلک(۸)

ص: ۳۳۸

۱- ۱. الظاهر الفرق بینه وبین اشتراک الید . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. مع العلم بکون بعض الأعیان الموجوده ملکاً للمشتری فعلاً أو سابقاً . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۳- ۳. لا أظنّ إشـکال أحدٍ من الأعاظم فیه . (آقاضیاء). * لا إشکال فیه فی مثل المقام، نعم، فی بعض الصور المفروضه یمکن القولبسقوطها . (الخمینی).

۴- ۴. بل فی عدم ضمانه؛ فإنّ ظاهر حال المسلم عدم التفریط فیستکشف منه عندالشکّ . (الفیروزآبادی).

۵- ۵. ما ذکروه هو الأحوط، خصوصاً فی مثل المضاربه . (الخمینی).

۶- ۶. المترتّب علی المضاربه . (المرعشی).

۷- ۷. دلیله واضح متین . (الکوه کَمَری). * إلّا اعتبار العقلاء فی الجمله، ودعوی الإجماع یرجع إلیه أیضاً . (السبزواری).

۸- ۸. لعلّ دلیلهم هومنافاه التعلیق لتحقّق المعاقده بینهمابحسب اعتبارالعقلاء .(البروجردی).

إلّا دعوى(۱) الإجماع على أنّ أثر العقد لابدّ أن يكون حاصلًا من حين صدوره، وهو إن صحّ إنّما يتمّ فى التعليق على المتوقّع؛ حيث إنّ الأثر متأخّر، وأمّا التعليق على ما(۲) هو حاصل(۳) فلا يستلزم التأخير، بل فى المتوقّع أيضاً إذا اُخذ على نحو الكشف بأن يكون المعلّق عليه(۴) وجوده الاستقبالى(۵) لا يكون الأثر متأخّراً. نعم، لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقّق الأثر حين العقد تمّ فى صوره الجهل، لكنّه غير معلوم. ثمّ على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرّف ونفوذه من جهه الإذن، لكن يستحقّ حينئذٍ اُجره المثل لعمله(۶) ، إلّا أن يكون(۷) الإذن مقيّداً

ص: ۳۳۹

۱- ۱. والثابت صرف الاتفاق، وهو أعم من الإجماع المصطلح، كما مرّ مراراً، واستندعدّه من القائلين بهذا الشرط على أنّ التعليق ينافى المعاقده لدى العرف والعقلاء،وبعضهم ذهب إلى أنّ المتّقين من أدلّه الإمضاء : المنجّزات، إلى غير ذلک من الوجوه .(المرعشى).

۲- ۲. مع العلم بذلک . (جمال الدين الگلپايگانى).

۳- ۳. مع العلم بذلک . (النائينى). * غير معلوم الحصول . (المرعشى).

۴- ۴. هذا من فروع ما تخيّله من الواجب المعلّق، ولا يرجع إلى محصّل، كما تقدّم .(جمال الدين الگلپايگانى).

۵- ۵. هذا من فروع ما تخيّله من الواجب المعلّق، ولا يرجع إلى محصّل، كما تقدّم .(النائينى). * الظاهر أنّ نظره إلى الواجب المعلّق، وهو محلّ تأمّل، بل منع . (صدرالدين الصدر). * بجعل الواجب معلّقاً، لكنّه يخرج حينئذٍ عن معقد الاتّفاق المذكور . (المرعشى).

۶- ۶. بل أقلّ الأمرين منها ومن المسمّى . (محمّد الشيرازى).

۷- ۷. لا يحتاج إلى القيد المزبور، بل يكفى عدم إطلاقه . (آقاضياء).

بالصحّه(۱) فلا يجوز التصرّف أيضاً.

الثالثه: لا يشترط الحَجر فی العامل

الثـالثه : قـد مرّ اشتراط عـدم الحَجر بـالفَلَس فی المالـك، وأمّـا العامل فلا يشترط فيه ذلك؛ لعـدم منافاته لحقّ الغرماء، نعم، بعد حصول الربح(۲) منع(۳) من التصرّف(۴) إلّا بالإذن(۵) من الغرماء؛ بناءً(۶) على تعلّق الحَجر بالمال الجديد(۷) .

ص: ۳۴۰

۱- ۱. أو مقصوراً على موردها . (مهدی الشيرازی). * بنحو وحده المطلوب . (المرعشی).

۲- ۲. واستقراره له بتمام العمل، لا قبله؛ لكونه وقايةً لرأس المال . (مهدی الشيرازی).

۳- ۳. إن تمّ عمل المضاربه، وإلّا ففيه تأمّل . (صدرالـدين الصـدر). * محلّ تأمّل، نعم، بعد تمام العمل لا إشـكال فی منعه منه على هذا المبنی .(الخمينی). * بعد استقراره له، أمّا قبل الاستقرار ففيه إشكال . (حسن القمّی).

۴- ۴. فی الربح . (الكوه كَمَری). * فی حصّـته من الربح بعد تمام العمل . (عبدالهادی الشـيرازی). * فی سهمه من الربح بعد إتمام العمل . (المرعشی). * فيه إشكال، نعم، بعد تماميّه العمل وبقاء الربح ينكشف تعلّق حقّ الغرماء به .(اللنكرانی).

۵- ۵. تعلّق حقـوق الغرمـاء بـه مع أنّـه وقـايه لرأس المـال محـلّ إشـكال، نعـم، إن تـمّ العملوكـان باقيـاً انكشـف تعلّقهـا به . (البروجردی، عبدالله الشيرازی).

۶- ۶. ولكنّ البناء واهی الأساس . (المرعشی).

۷- ۷. فيه تأمّل وإشـكال . (صدرالدين الصدر). * ومع ذلك مشكل أيضاً؛ لأنّ الربح وقايه لرأس المال، كما تقدّم، إلّا أن يراد بهالتعلّق التعليقیّ . (السبزواری).

الرابعه: عروض ما يبطل المضاربه

الرابعه : تبطل المضاربه بعروض الموت كما مرّ، أو الجنون، أو الإغماء،كما مرّ(۱) فی سائر(۲) العقود الجائزه، وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبَقاً أو أدواريّاً، وكذا فی الإغماء بين قُصر مدّته وطولها، فإن كان إجماعاً(۳) وإلّا فيمكن أن يقال(۴) بعدم البطلان(۵) فی الأدواریّ، والإغماء(۶) القصير المدّه(۷) ، فغايه الأمر عدم نفوذ التصرّف حال حصولهما(۸) ، وأمّا بعد الإفاقه

ص: ۳۴۱

۱- ۱. الإغماء ليس كالجنون، لِمَا مرّ مكرّراً بأنّه ليس من زوال العقل،بل هو كالنوم مفارقه الروح ببعض المراتب، ولا يترتّب عليه أحكامزوال العقل إلّا فيما قام الدليل، ففی المقام إن قام الإجماع فتبطل،وإلّا فلا . (عبدالله الشيرازی). * ليس ببالی مروره . (الخمينی).

۲- ۲. أی كما فی سائر العقود الجائزه . (اللنكرانی).

۳- ۳. تحصيل الإجماع بالنسبه إلی الجنون الأدواریّ قصير المدّه، والإغماء قصير المدّهمتعذّر . (الفانی).

۴- ۴. ولكن لا دليل عليه؛ إذ طول المدّه وقُصرها لا مدخليّه لها فی البطلان . (صدرالدينالصدر). * الظاهر عدم إمكانه، ولزوم تجديد العقد . (مهدی الشيرازی).

۵- ۵. الظاهر عدم الفرق بين المدّه القصيره والطويله بحسب الدليل . (محمّد رضاالگلپايگانی).

۶- ۶. إن لم يكن إجماع فی الأدواریّ فيمكن أن يقال بعدم البطلان فی حال عدمدورانه، ولو لم يكن أدواره قصير المدّه . (عبدالله الشيرازی).

۷- ۷. بانصراف الدليل عنه . (المرعشی).

۸- ۸. صدور التصرّف فی حال الإغماء فی غايه البُعد . (عبدالله الشيرازی). * لم يتّضح كيفيّه تصرّف المغمی عليه، وفی وكاله الجواهر (جواهر الكلام : ۲۷/۳۶۲.): أنّ أقصی ما يقتضيهعروضهما للوكيل عدم تصرّف حالهما . (الخمينی).

فیجوز، من دون حاجهٍ إلی تجدید العقد، سواء کانا فی المالک أم العامل(۱) .

ص: ۳۴۲

۱ – ۱. مـا أُفیـد من اقتضـاء القاعـده صـحّه العقـد الأوّل بعـد زوال الإغمـاء، أو الجنون الـدوریّفی غایه المتانه لو کان مفاد العقد السـلطنه السـاریه فی ضـمن الأزمنه المتمادیه، معإطلاق وجوب الوفاء بمضـمونه من تلک الجهه؛ بناءً علی شـموله للعقود الجائزه بنحوٍمن التقریب، ولو بنحو شـموله للعقود الخیـاریّه قبل فسـخها، غایه الأمر بنحوالاشتراط ببقاء المعامله وعـدم حلّها، ولا الرجوع عن مضـمونها، وأمّا لو قلنا : إنّ مفادالعقـد مجرّد حدوث التسلّط الشخصـیّ الباقی باسـتعداد ذاته ما لم یمنع عنه مانع،وکان مفاد دلیل إمضائِه إمضاءَ هذه السـلطنه الشخصـیّه الباقیه لولا المانع، فلا شـبههحینئذٍ أنّ] بمجرّد [(ما بین المعقوفتین أضفناه من نسخهٍ اُخری .) حـدوث أحـد الأحـداث المزبوره یرتفع مضـمون العقـد مع دلیلنفوذه، فلا یبقی بعدُ دلیل آخر علی نفوذه، بل ولا یبقی محـلّ لمضـمون العقـد کیینفـذ، بـل لاـزم بطلاـن التعلیـق فی العقود ــ بمعنی عـدم اتّصـال أثرالعقـد به ــ بطلاـن العقدبحـدوث المُحدَثات (فی نسخهٍ اُخری : (المحذورات) بدل (المحدَثات).) فی الزمان الأوّل، فلا یبقی حینئذٍ مجال فرقٍ بین منقطعالأوّل والوسط فی المقـام، وإن قلنـا بإمکـان التفکیـک بینهمـا فی لزوم العقود؛ إذ هیجهه زائـده عن مضـمون العقـد، فلاـ بـأس بتقیید مضمون دلیله علی وجهٍ یشملالمنقطع الأوّل؛ لعدم منافاته لشخصیّته، بخلاف الوسط لمنافاته له، ولکنّ ذلک أیضاًبناءً علی منافاه نفس وجوب الوفاء لزمان الخیار، وإلّا ــ کما هو المختار ــ لا مجالللتفکیک المزبور فی باب الخیارات أیضاً؛ لعـدم منافاه انقطاع الوسط شخصیّهالحکم؛ لأنّه ما لم یُفسَخ باقٍ بشـخصه علی حاله . ولقد أوضـحنا هذه المقاله فی خیارات بیعنا، فراجع . وبالجمله نقول : إنّه علی المشـرب الأوّل لا محیص من عدمصحّه العقد بعد طروء أحد الحوادث المزبوره، ومقتضاه حینئذٍ جریان الإشکال فیصوره الحَجْر للسَـفَه أو الفَلَس فی الأثنـاء أیضـاً؛ لوحـده منـاط الشـبهه . ثمّ لَئِن شـککنافی کیفیّه مضـمون العقـد التابع له دلیل إمضـائه أمکـن المصـیر إلی استصـحاب الحکمالثـابت علی عنـوان الکامـل المختـار، المقتضـی لثبـوته مهمـا ارتفـع المحـذور، وذلکحـاکم علی استصـحاب حکـم المخصّـِص، کمـا هـو ظـاهر . نعـم، فی المنقطـع الأـوّل لاـمجری لهـذا الأصـل، فیرجـع إلی استصـحاب فسـاد العقـد، فتـدبّر، فـإنّه دقیق . (آقاضـیاء). * قـد مرّ منه فی المسـأله الثـالثه أنّ العامل المفَلَّس یُمنَع من التصـرّف فیالربـح بعـد ظهوره إذا قلنا بتعلّق الحَجر بالمال الجدیـد، وعلیه فلا موجبلبطلان المضاربه . (الفانی). * قد مرّ أنّ حَجره بالفَلَس ونحوه لا یمنع من صحّه تصرّفاته ومضاربته فیرأس المال . (المرعشی).

وكذا تبطل(١) بعروض السَفَه لأحدهما(٢) أو الحَجر(٣) للفَلَس فى المالك، أو العامل(۴) . . . .

ص: ٣۴٣

١ - ١. تقـدّم أنّ المعتبر فى صـحّتها عدم السَـفَه من المالك فقط، وكذا بالإضافه إلى الحَجْرللفَلَس، فعروضـهما للعامل لا يوجب البطلان، نعم، بعد حصول الربح لا ينفذ تصرّفهفيه من دون إجازه الغرماء . (اللنكرانى).

٢- ٢. مرّ أنّه لا يعتبر فى صـحّتها عـدم السَـفَه من العامل . (الخوئى). * بل للمالك فقط، كما مرّ . (حسن القمّى). * قـد تقدّم أنّ سَفَه العامل لا يمنع من صحّه المضاربه . (الروحانى).

٣- ٣. الظاهر عـدم بطلان المضاربه بعروض الحَجْر على العامل، نعم، فى منعه منالتصـرّف وعدمه إشـكال، منشؤه : أنّه هل يتعلّق بالربح حقّ الغرماء، أم لا؟ (صدرالدينالصدر).

۴- ۴. عروض الحَجْر على العامل لا يوجب بطلان المضاربه، وقد مرّ بعض الكلام فيه .(الخمينى).

أيضاً(۱) إذا كان(۲) بعد(۳) حصول الربح(۴) ، إلّا مع إجازه الغُرماء(۵) .

ص: ۳۴۴

---

۱ - ۱. الظاهر عدم بطلان المضاربه فی صوره حَجْر العامل بالفَلَس . (عبدالهادیالشیرازی). * علی فرض أن یکون عروض الفَلَس للعامل بعد ظهور الربح موجباً للمنع عنتصرّفه فی حصّیته لا یکون موجباً لبطلان المضاربه، کما تقدّم منه فی المسأله الثالثهمن هذه المسائل . (البجنوردی). * تفلیس العامل بعد ظهور الربح لا یبطل المضاربه، بل فی منعه من التصرّف أیضاًإشکال، کما مرّ . (عبدالله الشیرازی). * حَجْر العامل لا یُبطِل المضاربه، نعم، یُمنَع من التصرّف فی حصّیته من الربح .(الشریعتمداری). * حَجْر العامل بالفَلَس لا یوجب بطلان المضاربه، بل یمنع من تصرّفاته فیحصّیته من الربح؛ بناءً علی ثبوت الحَجْر بالنسبه إلی الملک الجدید،وقد عرفت فساده . (المرعشی). * لا تبطل المضاربه بفَلَس العامل . (السبزواری).

۲- ۲. تفلیس العامل بعد ظهور الربح لا یبطل المضاربه، بل فی منعه من التصرّف أیضاًإشکال، کما مرّ . (البروجردی).

۳ - ۳. عروض الحَجْر بالفَلَس فی العامل بعد ظهور الربح مانع عن تصرّفه فی حصّیته،وهو غیر مستلزمٍ لبطلان المضاربه . (الإصفهانی).

۴ - ۴. بالنسبه إلی الربح مع بقاء أصل المضاربه . (الکوه کَمَری). * عروض الحَجر بالفَلَس فی العامل بعد ظهور الربح لا یوجب بطلان المضاربه، بلیکون مانعاً من تصرّفه فی حصّیته من الربح . (الإصطهباناتی). * عروض الحَجر بعد حصول الربح لا یمنع عن بقاء المضاربه، بل یمنع من نفوذالتصرّف فی حصّیته من الربح من دون إجازه الغرماء . (محمّد رضا الگلپایگانی). * فیه إشکال . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. تقدّم الکلام فیه . (السبزواری).

الخامسه: مضاربه المالک فی مرض الموت

الخامسه : إذا ضارب(۱) المالک فی مرض الموت صحَّ، ومَلَکَ العامل الحصّه وإن کانت أزید من اُجره المثل علی الأقوی(۲) ؛ من کـون منجّزات المریض من الأصـل، بـل وکـذلک علی القـول(۳) بـأ نّهـا من الثلث؛ لأ نّه لیس مفـوّتاً(۴) لشـیءٍ(۵) علی الوارث(۶) ؛ إذ الربح أمر معدوم(۷) ، ولیس مالاً موجوداً للمالک، وإنّما حصل بسعی العامل(۸) .

السادسه: کون رأس المال لغیر المضارب

السادسه : إذا تبیّن(۹) کون رأس المـال لغیر المضارب، سواء کان غاصبـاً أم جاهلاً بکونه لیس له: فإن تلف فی یـد العامل أو حصل خسران(۱۰)

ص: ۳۴۵

۱- ۱. لا مورد لهذه المسأله بعد فرض بطلان المضاربه بالموت . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. وهو الحقّ المؤیَّد بالأدلّه . (المرعشی).

۳- ۳. محلّ تأمّل علی هذا القول . (الخمینی).

۴- ۴. ولکنّ بعض العمومات شامله للمقام أیضاً، فبناءً علی هذا القول یشکل أمره .(آقاضیاء).

۵- ۵. هذا التعلیل غیر خالٍ من إشکال . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. فیه نظر واضح، والّذی یُسهِّل الخطب أنّ منجّزات المریض تکون من الأصل .(الخوئی).

۷- ۷. فی التعلیل إشکال، ونقض لا یلتزم به القائلون بالثُّلث . (المرعشی).

۸- ۸. الظاهر عـدم تأثیر ذلک فی نفوذ المعامله فی الزائد علی الثلث علی هذا القول،والأقوی کون المنجّزات من الأصل کما فی المتن . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۹- ۹. لیس للتبیّن دخاله فی الأحکام المذکوره، بل إذا کان رأس المال للغیر یترتّبعلیه الضمان وجواز الرجوع . (الخمینی).

۱۰ - ۱۰. لیس الخسـران کـالتلف؛ فـإنّه إن أجـاز المعاملات الّتی حصل بها الخسـران لم یرجععلی أحـدٍ بشـیء، وإن ردّها رجع بأصـل مـاله لاـ بالخسـران فقـط . (البـروجردی). * لیس الخســران کـالتلف؛ لأ نّه إن لـم یُجِزِ المعـامله یرجع بأصـل مـاله، لا بالخسـرانفقط . (أحمـد الخونساری). * إلّا إذا أجاز المالک المعاملات الواقعه علی ماله، فحینئذٍ لیس له الرجوع،لا إلی العامل، ولاـ إلی المضـارب فی شـیءٍ من الخسـران، وإلّـا فله مطـالبه مـالهمن أیّ واحـدٍ منهمـا . (البجنـوردی). إن لم یُجِزِ المعـامله . (الشریعتمداری). * بمعنی النقصان الراجح إلی التلف . (الفانی). * فی صوره الخسران له الإجازه للمعامله الخاسره، وله الرجوع بماله . (الخمینی). * فیه تأمّل؛ فإنّه إن أجاز المعاملات الخاسـره التی وردت علی مالهکانت صـحیحه، ولیس له الرجوع بشیء، وإن ردّهـا رجع بتمـام ماله وأصـله،لا بالخسـران فقط . (المرعشـی). * الرجوع فی صوره الخساره منحصـر بعـد إجازه المعامله، ومعها لا یرجع شـیء،ومع عـدمها یرجع إلی أصل ماله . (السبزواری). * فی صوره الخسـران إن أجاز المعامله فلیس له الرجوع علی أحـد، وإن لم یُجِز لهـالرجوع بأصـل مـاله . (حسن القمّی). * مـا لم یُجِزِ المعاملاـت، وإلّـا فلاـ یرجع علی أحـدٍ بشـیء . (

الروحـانی). * التشـریک بین الخسـران والتلف فی الحکم غیر وجیه؛ فـإنّه فی صوره الخسـرانیکون مخیّراً بین ردّ المعـامله الـتی حصل فیها الخسران ــ فیرجع بالعین مع بقائهاوتمام البدل مع تلفها ــ وبین إمضائها فلا رجوع له بشیءٍ علی أحد . (اللنکرانی).

فلمالكه(۱) الرجوع(۲) على كلٍّ منهما، فإن رجع على المضارب

ص: ۳۴۶

۱- ۱. ليس الخسران كالتلف، فإنّه إن أجاز المعاملات الّتى حصل بها الخسران لم يرجععلى أحدٍ بشىء، وإن ردّها رجع بأصل ماله بالخسران فقط . (عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. إذا لم يُجِزِ المعاملات . (عبدالهادى الشيرازى). * ليس للمالك الرجوع فى الخساره وحدها؛ فإنّه إن أجاز المعامله صحّت وليسله الرجوع حينئذٍ على أحد، وإلّا رجع بتمام ماله . (الخوئى). * رجوع المالك إليهما فى الخسران لا وجه له، فيردّ العين مع بقائهاوالمثل، أو القيمه عند التلف إن ردّ المعامله، وإن أمضاها فهو راضٍبالخسران . (محمّد رضا الگلپايگانى).

لم یرجع(۱) علی العامل(۲) ، وإن رجع علی العامل رجع إذا کان جاهلاً ـ علی المضارب وإن کان جاهلاً ـ أیضاً(۳) ؛ لأنّه مغرور(۴)

ص: ۳۴۷

۱- ۱. فی صوره غَروره، وأمّا مع علمه فله الرجوع . (الخمینی). إن کان العامل جاهلًا، وإلّا ففیه إشکال . (حسن القمّی).

۲- ۲. مع جهل العامل، وأمّا مع علمه فیرجع علیه . (الإصطهباناتی). * بل یرجع علیه مع علمه . (البروجردی). * إن کان العامل جاهلاً، وإلّا رجع علیه . (مهدی الشیرازی). * فی المسأله صور أربع : صوره علمهما، وجهلهما، وعلم العامل مع جهلالمضارب، والعکس، ویکون قرار الضمان علی العامل فی صورتَی علمهما وعلمالعامل، والغَرور فی علم المضارب فقط، وأمّا صوره جهلهما فکونهما من مصادیقالغَرور محلّ إشکال . (أحمد الخونساری). * إلّا إذا کان عالماً بالغصب فیکون قرار الضمان علیه . (الفانی). * فیما کان العامل مغروراً من قبله . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع جهله، وإلّا فله الرجوع إلیه أیضاً . (السبزواری). * بل رجع علیه مع علمه . (الروحانی). * إذا کان مغروراً من قبله . (اللنکرانی).

۳- ۳. لا یصدق الغَرور مع جهل المضارب . (الروحانی).

۴- ۴. فی صدق الغَرر إشکال وتأمّل . (عبدالله الشیرازی). * فی صدق القاعده مطلقاً إشکال . (المرعشی). * مجرّد جهل العامل لا ـ یستلزم غَروره من قبل المالک، کما یُتراءی من العباره،والمیزان صدق الغَرور عرفاً . (محمّد رضا الگلپایگانی). * تحقّق الغَرور مع جهل المضارب محلّ تأمّل وإشکال . (اللنکرانی).

من قبله(۱) ، وإن حصـل ربـح كـان للمالـك إذا أجـاز المعاملات الواقعه على ماله، وللعامل أُجره المثل(۲) على المضـارب مع جهله(۳) ، والظاهر(۴) عدم استحقاقه(۵) . . . .

ص: ۳۴۸

۱- ۱. لا يصـدق الغَرور مع جهل المضارب، إلّا أنّه مع ذلك يرجع العامل عليه؛ لأنّهبأدائه يملك المال الثابت فى ذمّه المضارب على ما شيّدنا أركانه فى محلّه . (الخوئى). * فيه إشكال . (حسن القمّى).

۲- ۲. إذا لم تكن أزيـد من الحصّه المقرّره له . (الفـانى). * إن كـان أُجره المثـل أكثر من الحصّه ففى مقـدار الزيـاده الأحوط التصالح . (حسن القمّى).

۳- ۳. يشـكل اسـتحقاقه أُجره المثل مع عدم كونه مأموراً بذلك من قبله، بل أقدم عليه منجهه اعتقاده صـحّه المضاربه . (أحمد الخونسارى).

۴ - ۴. بـل الظـاهر الاسـتحقاق، كمـا تقـدّم مراراً مـن أنّ عـدم اسـتحقاق الاُجره على عملٍيتوقّف على تـبرّع العامـل فى عمله . (صدرالدين الصدر). * مرّ الكلام فيه وفى الفرع التالى . (الخمينى).

۵ - ۵. فيه إشـكال، وقـد تقـدّم منه خلاـف ذلك فى المضاربه الفاسـده . (الإصـفهانى). * بل الظاهر اسـتحقاقه . (عبـدالهادى الشـيرازى). * بـل الظـاهر استحقاقه، وقـد مرّ منه تقويته . (البروجردى). * قـد قيـل بأنّه ينافى ما مرّ منه فى المسأله (۴۸) ، ولا يخفى أنّ (فى أصل النسـخه : (أنّه) ، والأصحّ ما أثبتناه .) مصبّ كلامه هناكصوره حصول الربح . (عبدالله الشـيرازى). * هذا منافٍ لِما تقـدّم منه فى المسأله الثامنه والأربعين . (المرعشـى). * الظاهر خلافه، كما تقدّم من الماتن أيضاً ۱ فى المسأله الثامنه والأربعين . (محمّدالشـيرازى). * الظاهر اسـتحقاقه فيها، إلّا مع قصـد التبرّع والمجّانيّه، وقد تقدّم منه ؛ فى المسأله (۴۸) ما ينافى المقام . (السبزوارى).

الاُجره(۱) علیه(۲) ، مع عـدم حصول الربح؛ لأنّه أقدم(۳) علی عـدم شـیءٍ له مع عـدم حصوله. کمـا أنّه لا یرجع علیه إذا کان عالماً(۴) بأنّه لیس له؛ لکونه متبرِّعاً(۵) بعمله(۶) حینئذٍ.

السابعه: اشتراط المضاربه فی عقد لازم

السابعه : یجوز اشتراط(۷) . . . .

۱- ۱. فیه منع إذا کان العمل مبتیاً علی المضاربه . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. هذا هو الصـحیح، إلّا أنّه تقدّم منه قدس سـره فی المسأله الثامنه والأربعین خلافه .(الخوئی). * بل الظاهر استحقاقه، کما مرّ منه قدس سره فی المسأله الثامنه والأربعین . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۳- ۳. فیه أیضاً إشـکال، قـد مرّ منّا نظیره مراراً، وهکذا فی صوره علمه مع کون عملهبداعی الوفاء بعقده مع غیره فإنّه بحکم أمر الغیر إجماعاً . (آقاضیاء).

۴- ۴. تقدّم أنّه لا فرق بین صورتَی العلم والجهل . (الخوئی). * قد مرّ عدم الفرق بین صورتَی العلم والجهل . (الروحانی).

۵- ۵. بل لکونه مُقدِّماً علی إهدار مالیّه عمله . (الفانی). * قد تقدّم مراراً أنّ العلم بفساد المعامله وعدم تمامیّتها شرعاً لا یستلزم التبرّعبالعمل والإقدام علیه مجّاناً . (المرعشی).

۶- ۶. تقـدّم فی المسأله الثامنه والأربعین : أنّ علم العامل بفساد المضاربه لا یلازم أنیکون إقدامه مجّاناً، وأن یکون متبرّعاً بعمله فیسـتحقّ الاُـجره ولو کان عالماً بعـدمکون مال المضاربه للمضارب . (البجنوردی). * بل متهتّکاً لعمله وإن لم یقصـد التبرّع . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. المضاربه والوکاله لا تنقلبان عن حقیقتهما، وهی الجواز بسبب الاشتراط وإنکان فی ضمن عقدٍ لازم . (الفانی).

المضاربه(۱) فی ضمن عقدٍ(۲) لازم، فیجب(۳) علی المشروط علیه إیقاع عقدها مع الشارط، ولکن لکلٍّ(۴) منهما فسخه(۵) بعده(۶) ، والظاهر أنّه

۱- ۱. أی اشتراط إیقاعها . (الخمینی). * أی اشتراط إنشاء عقدها مع الشارط، أو غیره فی ضمن عقدٍ لازم . (المرعشی). * یعنی إیقاع عقدها . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. حقیقه المضاربه غیر قابلهٍ للاشتراط کذلک، وإیقاع عقدها غیر مقصودٍ للعقلاء،والعمل بالمال مدّه معیّنه علی نحو عمل المضاربه یصحّ اشتراطه، ولکنّ استحقاقالمالک له یخرجه عن کونه عملاً منه یبذله فی التجاره حتّی یستحقّ به شیئاًمن الربح کما فی المضاربه، نعم، یمکن أن یستحقّ هو أیضاً بالشرط فی عقد یصحّفیه شرط المجهول . (البروجردی).

۳- ۳. بل وفی ضمن عقدٍ جائز، فیجب مادام العقد باقیاً . (عبدالله الشیرازی).

۴- ۴. إذا کان الغرض متعلّقاً بنفس إیقاع المضاربه، کما قد یتّفق، ولکنّ المقصود للعقلاءنوعاً هو الفرض الثانی، وهو وإن کان صحیحاً إلّا أنّ ترتّب آثار المضاربه علیهواعتبار ما یعتبر فیها فیه ممنوع، کما سیصرّح به فی المسأله الآتیه . (اللنکرانی).

۵- ۵. بل لیس للمشروط علیه فسخه لحقّ الشرط ولو الضمنیّ؛ إذ لیس مجرّدإیقاع عقدها مقصوداً للعقلاء، فلابدّ فی اشتراطها من تعیین المدّه، وإلّا کان منالشرط المجهول . (مهدی الشیرازی). * بل لیس للمشروط علیه فسخه قبل الإتیان بمقدارٍ من العمل؛ إذ لیس المقصودمن الشرط مجرّد إیقاع العقد . (حسن القمّی).

۶- ۶. الظاهر من الاشتراط لیس مجرّد إیقاع العقد، ولیس أمراً عقلائیّاً،بل المقصود حقیقه المضاربه، فلیس لهما الفسخ ما لم یعامل مقداراًفی الخارج . (عبدالله الشیرازی). * الظاهر أنّ متعلّق الاشتراط عرفاً لیس مجرّد إجراء العقد، وعلیه فلا یجوزللمشروط علیه الفسخ قبل الجَری علی العقد خارجاً . (الخوئی). * إن کان مرادهما من الاشتراط إیجاد عقد المضاربه بما هو المعهود منهاشرعاً . (السبزواری). * الظاهر عدم جواز فسخه؛ لأنّ المفهوم عرفاً من هذا الشرط لیس مجرّدإجراء الصیغه . (الروحانی).

يجوز(۱) اشتراط عمل المضاربه(۲) على العامل، بأن يشترط عليه أن يتّجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما(۳)، نظير شرط كونه وكيلاً(۴) فى كذا فى عقدٍ لازم، وحينئذٍ لا يجوز للمشروط عليه(۵) فسخها(۶)، كما فى الوكاله.

الثامنه: إيقاع المضاربه بعنوان الجعاله

الثامنه : يجوز(۷) إيقاع المضاربه(۸) بعنوان الجعاله، كأن يقول: إذا اتّجرت

۱- ۱. فى كون الشرط صرف الإنشاء تأمّل . (المرعشى).

۲- ۲. لا بأس بهذا الشرط، ويجب العمل على طبقه، لكنّ صيروره ذلك مضاربةً يترتّبعليه أحكامها محلّ إشكال، بل منع، ولا يعتبر فيه ما يعتبر فيها . (الخمينى).

۳- ۳. فيجب على العامل العمل، ويملك الحصّه بشرط النتيجه، لا بعنوان المضاربه؛ ولذالا يجوز فسخه، ولو كانت مضاربةً لجاز فسخها، وليست كالوكاله المشترطه فيضمن عقدٍ لازمٍ مع عدم لزومها أيضاً على الأقوى . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. قلنا بأنّ اشتراط الوكاله لا تجعلها لازمه . (الفانى).

۵- ۵. محلّ إشكال . (أحمد الخونسارى).

۶- ۶. أى تكليفاً . (الروحانى).

۷- ۷. فى شمول العنوانين للمورد نظر؛ لابتناء شمول الجعاله على صحّتها، مع عدممعلوميّه الجعل بالضم بحسب المقدار، وكذا مع عدم وجودها حال الإنشاء، وكلاالأمرين محلّ تأمّل، وابتناء شمول المضاربه على صحّتها، مع عدم كون رأس المالعيناً، وعدم كونه من النقدَين كما ترى . (المرعشى).

۸- ۸. فيه إشكال، بل منع، فإنّ الّذى يملكه العامل فى المضاربه غير مملوكٍ للمضاربفعلاً، وإنّما التزمنا بصحّته لقيام الدليل على ذلك، ولم يقم دليل على ذلك فى الجعالهإذا كانت فاقدةً لشرائط المضاربه، إذن فمقتضى القاعده البطلان . (الخوئى).

بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه، فیکون جعاله(۱) تفید فائده(۲) المضاربه، ولا یلزم(۳) أن یکون جامعاً لشروط المضاربه، فیجوز مع کون رأس المال من غیر النقدَین(۴) ، أو دیناً، أو مجهولاً ـ جهالةً لا ـ توجب الغَرر. وکذا(۵) فی المضاربه(۶) المشروطه(۷) فی ضمن عقدٍ بنحو شرط

۱- ۱. محلّ إشکال . (أحمد الخونساری). * ولکنّها غیر صحیحهٍ؛ بناءً علی ما هو الأرجح من اعتبار معلومیّه الجعل فیالجعاله . (الروحانی).

۲ - ۲. إن قلنا بصحّه الجعاله، مع عدم معلومیّه الجعل بحسب الکمّیّه، وعدم وجوده حالعقدها، وهو محتاج إلی التأمّل . (البروجردی).

۳- ۳. الأحوط أن یکون جامعاً لشرائط الجعاله والمضاربه، وکذا فی المضاربه المشروطبنحو النتیجه . (عبدالله الشیرازی).

۴- ۴. فیه إشکال؛ بناءً علی اشتراط المضاربه بکون رأس المال من النقدَین . (الخوئی). * بناءً علی اعتبار کون رأس المال من النقدین فی المضاربه یشکل الجواز فیالمقام . (الروحانی).

۵- ۵. مرّ الکلام فیه آنفاً . (الخمینی).

۶- ۶. فی جوازها مع فقدان بعض الشرائط إشکال، فلا یُترک الاحتیاط باجتماعالشرائط . (المرعشی). * أی عمل المضاربه، لا عنوانها . (اللنکرانی).

۷- ۷. مع کون المشروط ما یساوق مضمونها، وإلّا فبنفسها یشکل حصولها بغیر إنشاءسببها المخصوص، کما لا یخفی . (آقاضیاء). * یجوز فی الأوّل، ولا یجوز فی الثانی، ووجهه واضح، فتدبّر . (کاشف الغطاء). * یعنی عمل المضاربه المشروط فی ضمن عقد لازم . (محمّد رضا الگلپایگانی).

النتیجه(۱) فیجوز مع کون رأس المال من غیر النقدَین.

التاسعه: اتّجار الولیّ بمال المولّی علیه

التاسعه : یجوز(۲) للأب والجَدِّ الاتّجار بمال المولّی علیه بنحو المضاربه بإیقاع عقدها(۳) ، بل مع عدمه أیضاً بأن یکون بمجرّد الإذن(۴) منهما(۵) . وکذا یجوز لهما المضاربه بماله مع الغیر علی أن یکون الربح مشترکاً بینه وبین العامل. وکذا یجوز ذلک للوصیِّ فی مال الصغیر مع ملاحظه الغبطه والمصلحه والأمن من هلاک المال.

ص: ۳۵۳

۱- ۱. فیصیر مع فرض عدم صحّه المضاربه جعاله . (حسن القمّی).

۲- ۲. مع عدم المفسده، بل لا ینبغی لهما ترک الاحتیاط بمراعاه المصلحه، وکأنّ عبارهالمسأله فی المتن لا تخلو من تشویش، والظاهر أنّ المقصود أنّه یجوز لهما إیقاععقد المضاربه لنفسهما، کما یجوز إیقاعه بمالهما مع الغیر، کما یجوز الإذن فیالاتّجار بماله . (الخمینی).

۳- ۳. مع نفسه بأن یکون أحد طرفیها . (المرعشی).

۴- ۴. أی النیّه بلا إنشاء عقد . (المرعشی). * أی بمجرّد قصد المضاربه . (حسن القمّی). * فی العباره مسامحه، والظاهر أنّ المراد بالإذن هو القصد، ومرجعه إلی عدم لزومإیقاع العقد وکفایه النیّه فقط . (اللنکرانی).

۵- ۵. لعلّه قدس سره أراد به القصد والنیّه، وإلّا فهو من سهو القلم . (الخوئی). * العباره مجمله، ولعلّ المقصود اتّجارهما به بلا عقد، فیکونان کالمأذونمن قبلهما؛ حیث إنّ مقتضی تعلیل صحیح ابن مسلم صحّه تجاره المأذونمنهما مضاربه إلّا أن یمنع إطلاقه لهذه الجهه، ویُحمَل علی الاتّجاربشرائطه المتعارفه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * الظاهر أنّ المراد به مجرّد القصد والنیّه من دون عقد . (السبزواری). * أی القصد والنیّه . (الروحانی).

العاشره: إیصاء الولیّ بالمضاربه بمال الولیّ علیه

العاشره : یجوز(۱) للأب والجَدِّ(۲) الإیصاء(۳) بالمضاربه(۴) بمال المولّی علیه بإیقاع الوصیِّ عقدها لنفسه، أو لغیره مع تعیین الحصّه من الربح، أو إیکاله إلیه.

وکذا یجوز لهما الإیصاء بالمضاربه فی حصّه القصیر من ترکتهما بأحد الوجهین.

کما أنّه یجوز ذلک لکلٍّ منهما بالنسبه إلی الثلث المعزول لنفسه بأن یتّجر الوصیّ به، أو یدفعه إلی غیره مضاربهً ویصرف حصّه المیّت فی المصارف المعیّنه للثُلُث.

بل وکذا یجوز(۵) الإیصاء(۶) منهما(۷) بالنسبه إلی حصّه(۸)

ص: ۳۵۴

۱- ۱. مع الشرط السابق، ومع الإیکال إلی الوصیّ یجب علیه مراعاه الغِبطه والمصلحه،وکذا الحال فی الإیصاء بالمضاربه بحصّه القصیر . (الخمینی).

۲- ۲. محلّ إشکال . (أحمد الخونساری).

۳- ۳. لا یخلو نفوذ هذه الوصیّه من الإشکال . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. مع تحقّق الغرض الصحیح، وکذا فی ما یأتی بالنسبه إلی حصّه الکبار .(السبزواری).

۵- ۵. الظاهر عدم نفوذ هذه الوصیّه . (النائینی).

۶- ۶. الأقوی عدم نفوذ الوصیّه بذلک . (الکوه کَمَری). * الظاهر عدم نفوذ هذه الوصیّه . (جمال الدین الگلپایگانی). * محلّ إشکال أیضاً . (أحمد الخونساری). * فیه إشکال، بل منع، وکذا فی الفرض الآتی . (اللنکرانی).

۷- ۷. الأقوی عدم نفوذ الوصیّه فی ذلک . (الشریعتمداری). * فیه إشکال، وکذا بالنسبه إلی ما بعد البلوغ فی التقصیر . (حسن القمّی).

۸- ۸. فیه إشکال . (الإصفهانی).

الكبار(۱) أيضاً(۲) ، ولا يضرُّ كونه ضرراً(۳) عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى

۱- ۱. محلّ تأمّل وإشكال . (الإصطهباناتی). * مع إجازتهم، وكذا بالنسبه إلى ما بعد البلوغ فی القصير، وإلّا ففيه إشكال، ولا ينجبر بجواز الفسخ لهم؛ لأنّ الوصيّه لو نفذت ليست بمجرّد إيقاع المضاربه، بل بهوبإبقائها، كما مرّ فی السابعه . (مهدی الشيرازی). * نفوذ الوصيّه بالنسبه إلى حصّتهم يتوقّف على إجازتهم، وكذا بالنسبه إلى ما بعدالبلوغ فی الصغار . (عبدالهادی الشيرازی). * فيه إشكال . (البروجردی). * لا دليل على نفوذ هذه الوصيّه، وكذا بالنسبه إلى ما بعد البلوغ فی القصير .(الفانی). * لم يتّضح المراد منه؛ فإنّ الظاهر بملاحظه عطفه على السابق أنّه يجوز الإيصاءبالمضاربه بما لهم بإيقاع الوصيّ عقد المضاربه فی مالهم، وهذا لا وجه له، نعم،إيقاع العقد الفضوليّ لا بأس به، لكنّه غير مراد، وإن كان المراد إيقاع المضاربهبالإيصاء فی مالهم فهو أشكل . (الخمينی). * نفوذ الوصيّه فی حقّهم وبالنسبه إلى سهامهم بلا إجازتهم، وكذا بالنسبه إلیالصغار بعد خروجهم عن الصغر محلّ إشكال . (المرعشی).

۲- ۲. فيه إشكال . (الروحانی). * فيه إشكال، بل الظاهر عدم نفوذ هذه الوصيّه . (البجنوردی). * نفوذ الوصيّه بالنسبه إلى حصّتهم يتوقّف على إجازتهم، وكذا بالنسبه إلى ما بعدالبلوغ فی الصغار . (عبدالله الشيرازی). * فيه إشكال، بل منع . (الخوئی). * فيه إشكال، وكذا فی الوصيّه إلى ما بعد البلوغ فی الصغير . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- ۳. الأقوى عدم صحّه الوصيّه المضرّه للورثه، وما أفاده من الانجبار بالفسخ فيه نظر،نعم، هی صحيحه لو لم تكن مضرّه، كأن تكون مدّه المضاربه قصيرةً جدّاً، وبالجمله : حيث تكون مضرّةً فليست بصحيحه، ولا يفيد ما ذكره قدس سره فی المتن، وفيما لم تكنمضرّه فهی صحيحه بلا احتياجٍ إلى الانجبار . (المرعشی).

مدّه؛ لأنّه منجبر بكون الاختيار لهم فى فسخ المضاربه وإجازتها. كما أنّ الحال كذلك بالنسبه إلى ما بعد البلوغ(١) فى القصير؛ فإنّ له أن يفسخ أو يجيز. وكذا يجوز لهما الإيصاء بالاتّجار بمال القصير على نحو المضاربه بأن يكون هو الموصى به، لا إيقاع عقد المضاربه، لكن إلى زمان البلوغ أو أقلّ. وأمّا إذا جعل المدّه أزيد فيحتاج إلى الإجازه(٢) بالنسبه(٣) إلى الزائد.

ودعوى عدم صحّه(۴) هذا النحو من الإيصاء _ لأنّ الصغير لا مال له حينه، وإنّما ينتقل إليه بعد الموت، ولا دليل على صحّه الوصيّه العقديّه فى غير التمليك، فلا يصحّ أن يكون إيجاب المضاربه على نحو إيجاب التمليك بعد الموت _ مدفوعه بالمنع(۵) ، مع أنّه الظاهر(۶) من خبر خالد بن بكر

---

١ – ١. صحّه الوصيّه إلى ما بعد البلوغ مشكل، نعم، لو أوقع الوصيّ عقد المضاربه كان لهاالإجازه من باب الفضوليّه . (الكوه كَمَرى). * صحّه الوصيّه فيما بعد البلوغ مشكله، إلّا أن يجيز بعده . (الروحانى).

٢– ٢. والإذن فى التصرّف . (الكوه كَمَرى). * بل فى كفايه الإجازه من دون إيقاع عقد المضاربه إشكال . (اللنكرانى).

٣– ٣. الظاهر عدم كفايه الإجازه فى المقام، بل لابدّ من وقوع عقد المضاربه منه بعدالبلوغ . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴– ۴. بعد تصريحه فى كلامه بنفى الوصيّه بعقد المضاربه بأن يكون من بابالوصيّه بالنتيجه لا يبقى مجال لهذه الدعوى، كما لا يخفى على مَن لاحَظَصدر الكلام وذيله . (آقاضياء).

۵– ۵. لا سند يُعتدُّ به لهذا المنع، والعمده الخبران . (المرعشى).

۶– ۶. وهذا هو العمده . (الخمينى).

الطویل فی قضیّه ابن أبی لیلی وموثّق محمّد بن مسلم(الوسائل: الباب (۹۲) من أبواب کتاب الوصایا، ح۱ وح۲.) المذکورین فی باب الوصیّه.

وأمّا بالنسبه إلی الکبار(۱) من الورثه فلا یجوز بهـذا النحو(۲) ؛ لوجوب العمل بالوصـیّه وهو الاتّجار، فیکون ضرراً علیهم(۳) ؛ من حیث تعطیل حقّهم من الإرث(۴) وإن کان لهم حصّتهم من الربح، خصوصاً إذا جعل حصّتهم أقلّ من المتعارف.

الحادیه عشره: تلف المال فی ید العامل بعد موت المالک

الحـادیه عشـره : إذا تلف المـال فی یـد العامل بعـد موت المالک من غیر تقصـیرٍ(۵) فالظاهر عـدم ضـمانه، وکـذا إذا تلف بعد انفساخها

ص: ۳۵۷

۱- ۱. الظاهر عـدم نفوذ هـذه الوصـیّه . (أحمد الخونساری). * عدم الجواز فی مالهم لعدم نفوذ وصـیّته فی مالهم، وعدم دلیلٍ علی النفوذ فیه؛لاختصاص الروایتَین بمال الصغیر . (الخمینی).

۲- ۲. لا فرق بینه وبین غیره مع الغرض العقلائی، والضررُ لو کانَ مُندَفِعٌ بالخیار .(السبزواری).

۳- ۳. وقد عرفت حال الانجبار وعدمه بُعَیدَ هذا . (المرعشی).

۴- ۴. لکنّه قدس سره ذکر هنا قریباً : أنّ الضـرر متدارک ومنجبر بکون الاختیار لهم فی الفسخ،ووجوب العمل بالوصـیّه لو سُلِّم فی غیر الثلث فهو جارٍ هنا أیضاً ومطّرد فیالمقامین، فالفرق بین الصورتَین لم یظهر وجهه . (کاشف الغطاء).

۵- ۵. ولو بعـدم التخلیه بینه وبین الوارث، أو عـدم الاستئـذان منهم . (الکوه کَمَری). * ولاـ تسامـح للردّ إلی أربابه، وکـذا فی الفرع التـالی . (الخمینی). * ولـو بالتساهـل فی الردّ . (المرعشـی). * حـتّی التـوانی فی الردّ فی مـا یجب علیه . (محمّـد رضـا الگلپایگانی).

بوجهٍ آخر(۱) .

الثانيه عشره: فسخ أحد الشريكين العقد

الثانيه عشره : إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين، فضاربا واحداً، ثمّ فسخ أحد الشريكَين هل تبقى بالنسبه إلى حصّه الآخر، أو تنفسخ من الأصل؟(۲) وجهان(۳) ، أقربهما(۴) الانفساخ(۵) . نعم، لو كان مال كلٍّ منهما

۱- ۱. أى بغير موت المالك . (الفيروزآبادى).

۲- ۲. الظاهر عدم الانفساخ من الأصل، وإن كان الأمر سهلاً بعد كون المضاربه جائزهًبقاءً، وممكنه التحقّق حدوثاً . (الفانى).

۳- ۳. أقواهما الأوّل . (عبدالهادى الشيرازى).

۴- ۴. محلّ إشكال . (الخمينى). * وجه الأقربيّه غير واضح . (اللنكرانى).

۵- ۵. بل عدمه؛ لانحلال العقد إلى عقدين . (الفيروزآبادى). * فى إطلاقه منع؛ إذ لا وجه له مع عدم وكاله الشريك الفاسخ فيفسخ حقّ شريكه، فللمضارب حينئذٍ تقسيم ما بيده من المال مع الفاسخواشتغاله بعمله . (آقاضياء). * فيه تأمّل . (الكوه كَمَرى). * غير واضح . (البروجردى). * إذا كانت المضاربه بالمجموع من حيث المجموع، وإلّا فالأقرب عدم الانفساخ،وكذا فى الفرع التالى . (مهدى الشيرازى، حسن القمّى). * بل أبعدهما، والظاهر عدم الانفساخ . (البجنوردى). * فيه إشكال . (أحمد الخونسارى). * بل أقربهما العدم إذا لم تكن الشركه بنحو التقييد . (عبدالله الشيرازى). * فيه تأمّل وإشكال . (الشريعتمدارى). * احتمال التبعّض والانفساخ غير بعيد . (المرعشى). * بل أقربهما عدمه . (الخوئى). * بل الأوفق بالقواعد عدم الانفساخ . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل الأقرب التفصيل بين وحده العقد فينفسخ مطلقاً، وبين تعدّده فلا مطلقاً . (محمّدالشيرازى). * إطلاق الأقربيّه ضعيف جدّاً . (السبزوارى). * بل الأقرب عدمه . (الروحانى).

متميّزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبه إلى الآخر.

الثالثه عشره: أخذ العامل مال المضاربه وترک التجاره مدّه

الثالثه عشره : إذا أخذ العامل مال المضاربه وترک التجاره به إلى سنهٍ مثلًا(۱) ، فإن تلف ضمن(۲) ، ولا يستحقّ المالك عليه غير أصل المال(۳) ، وإن كان آثماً فی تعطيل مال الغير.

الرابعه عشره: اشتراط العامل عدم جبران الربح للخساره

الرابعه عشره : إذا اشترط العامل(۴) على المالک عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً فكلّ ربحٍ حصل يكون بينهما، وإن حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق، أو

۱- ۱. لا لعذرٍ موجّهٍ وكان الإذن بإمساكه مقيّداً بإيقاع المعامله معه . (محمّد رضاالگلپايگانی).

۲- ۲. إلّا أن يكون معذوراً فی ترک التجاره والإرجاع إلى المالک، فلا يضمن ولا يأثم .(مهدی الشيرازی). * فيما لم يكن معذوراً فی ترک التجاره، وفی عدم الردّ إلى المالک . (محمّد الشيرازی). * إذا كان معذوراً شرعاً فی ترک التجاره، وفی الإرجاع إلى المالک فالظاهر عدمضمانه، ولا إثم عليه . (حسن القمّی).

۳- ۳. فيه إشكال إذا كان مقصّراً، كحبس العبد والدابّه ونحوهما . (محمّد الشيرازی).

۴- ۴. فی صحّه هذا الشرط تأمّل وإشكال . (الإصفهانی). * فی صحّه هذا الشرط تأمّل . (أحمد الخونساری). * فی صحّه هذين الشرطَين تأمّل وإشكال . (عبدالله الشيرازی).

بالعکس(۱) فالظاهر(۲) الصحّه(۳) .

وربّما يُستشكَل(۴) بأنّه خلاف وضع المضاربه(۵) ، وهو(۶) کما تری(۷) .

الخامسه عشره: مخالفه العامل للمالک

الخامسه عشره : لو خالف العامل المالک فی ما عیّنه جهلًا أو نسیاناً أو

ص: ۳۶۰

۱- ۱. لا يخلو من إشكال . (جمال الدين الگلپايگانی).

۲- ۲. لا يخلو من إشكال . (النائينی).

۳- ۳. فی الصحّه إشكال . (الإصطهباناتی). * بل الظاهر هو البطلان مع وحده المضاربه . (البروجردی). * فی الصحّه نظر، نعم، لا بأس باشتراط التدارک وتحمّل الضرر علی نحو شرطالفعل أو النتيجه . (مهدی الشيرازی). * فيه إشكال . (عبدالهادی الشيرازی، الروحانی). * الأظهر عدم الصحّه، وعلی فرضها فی ترتّب أحكام المضاربه عليها تأمّل .(المرعشی). * محلّ تأمّل . (الخمينی). * بناءً علی أنّ المضاربه لا اقتضاء (كذا فی أصل النسخه، والظاهر أنّ الأصحّ (لا اقتضاء لها).) بالنسبه إلی هذه الجهات عند المتعارف، ولوشرطا الترضيه والمراضاه لَسَلِم عن الإشكال . (السبزواری).

۴- ۴. الإشكال فی محلّه . (الكوه كَمَری).

۵- ۵. هذا الاستشكال هو الصحيح؛ لأنّ هذا الشرط بأنحائه الثلاثه خلاف مقتضیالعقد . (البجنوردی).

۶- ۶. بل هو فی محلّه، بل لا يبعد البطلان فی ما هو المفروض من وحده المضاربه .(اللنكرانی).

۷- ۷. لا أری فيه شيئاً، بل الأظهر البطلان مطلقاً . (صدرالدين الصدر). * الظاهر أنّ الإشكال فی محلّه فی جميع فروض المسأله . (محمّد رضا الگلپايگانی).

اشتباهاً، كما لو قال: «لا تشتر الجنس الفلانیّ، أو من الشخص الفلانیّ» مثلًا، فاشتراه جهلًا فالشراء فضولیّ(۱) موقوف(۲) علی إجازه المالک. وکذا لو عمل

ص: ۳۶۱

۱- ۱. کونه فضولیّاً محلّ نظر، بل الأقوی البطلان؛ لسبق المنع، فهو خارجمن باب الفضولی، نعم، لو عیّن له شیئاً ولم یمنعه عن الآخر _ أی لم یکنالتعیین ظاهراً فی المنع عن غیره _ فاشتری غیر المعیّن، أو کان ممّا لا یشملهاالإطلاق کان من الفضولیّ . (کاشف الغطاء). * فیه إشکال؛ لأنّه وإن کان مقتضی القاعده إلّا أنّ إطلاق جملهٍ من النصوص (الوسائل : الباب (۱) من أبواب کتاب المضاربه، أحادیث الباب .) الوارده فی بیان حکم مخالفه العامل لِمَا عیّن له شرطاً أو قیداً یعمّ المخالفه غیرالعمدیّه أیضاً، نعم، شراء مَن ینعتق علی المالک خارج عن عمل المضاربه بلاإشکال؛ إذ لا تصحّ المضاربه فیه مع إذن المالک فضلًا عن عدمه . (الخوئی). * مشکل، بل الظاهر کون الربح بینهما والوضیعه علی العامل؛ لإطلاق الأخبارالآمره بذلک فی صوره مخالفه العامل، وادّعاء انصرافها إلی المخالفه العمدیّه لا وجهله، اللهمّ إلّا أن یکون فی المسأله إجماع، وهو غیر معلوم . (محمّد رضا الگلپایگانی). * الظاهر صحّه المعامله وکون الربح بینهما، وإن کان ضامناً؛ لإطلاق جملهٍ منالنصوص الوارده فی مخالفه العامل فإنّه یشمل المخالفه غیر العمدیّه، نعم، شراء مَنینعتق علی المالک خارج عن عمل المضاربه، کما لا یخفی . (الروحانی). * والاستشکال فی ذلک نظراً إلی إطلاق جملهٍ من النصوص الوارده فی بیان حکممخالفه العامل لِمَا عیّن له، الدالّه علی کون الربح بینهما والوضیعه علی العامل،وشمولها للمقام، وعدم اختصاصها بخصوص المخالفه العمدیّه لعلّه فی غیر محلّه؛لعدم ثبوت الإطلاق لها بحیث یشمل ما هنا . (اللنکرانی).

۲- ۲. بل الأظهر خلافه، أی ضامن بالنسبه إلی أصل المال، ولکنّ الربح بینهما؛ لأنّمقتضی القاعده وإن کان ما ذکره إلّا أنّ إطلاق جملهٍ من النصوص الوارده فی بیان حکم مخالفه العامل للشرط یعمّ المخالفه غیر العمدیّه، بل هی أولی منها . (عبداللهالشیرازی). * لا یخلو من إشکال؛ لمقتضی أخبار الباب . (حسن القمّی).

بما ينصرف إطلاقه إلى غيره؛ فإنّه بمنزله النهى عنه، ولعلّ منه ما ذكرنا(۱) سابقاً من شراء مَن ينعتق على المالک مع جهله بکونه کذلک.

وکذا الحال إذا کان مخطئاً(۲) فی طریقه التجاره(۳) بأن اشتری ما لا مصلحه فی شرائه عند أرباب المعامله فی ذلک الوقت بحیث لو عرض علی التجّار حکموا بخطئه.

السادسه عشره: حکم تعدّد العامل فی المضاربه

السادسه عشره : إذا تعدّد العامل، کأن ضارب اثنین بمائهٍ مثلاً بنصف الربح بینهما متساویاً أو متفاضلاً: فإمّا أن یمیّز حصّه کلٍّ منهما من رأس المال، کأن یقول: علی أن یکون لکلٍّ منکما منه نصفه، وإمّا لا یمیّز.

فعلی الأوّل الظاهر عدم اشتراکهما فی الربح والخسران(۴) والجبر إلّا مع

۱- ۱. التنظیر منظور فیه؛ فإنّه خارج عن المضاربه . (المرعشی).

۲ - ۲. فی صوره خطئه فی طریقه التجاره، ولکن مع اعتقاده بوجود المصلحه فیه لایبعد صحّه المعامله إذا عمل بوظیفته من التحقیق والتفتیش . (البجنوردی). * الظاهر أنّ الصحّه تدور مدار ما یراه من المصلحه فی المعامله، فالحکم بالبطلانفی هذه مشکل . (أحمد الخونساری). * وکان الخطأ علی نحوٍ خارجٍ عن المتعارف بحیث کان الإذن منصرفاً عنه .(الفانی).

۳- ۳. بحیث کان الإذن منصرفاً عنه، وأمّا فی الخطأ المتعارف فلا یبعد إیکال الأمر إلینظره، فیکون له الخیار مع الغبن . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. الظاهر عدم صحّه هذا الشرط . (الشریعتمداری).

الشرط(۱) ؛ لأنّه بمنزله(۲) تعدّد العقد(۳) .

وعلى الثانى يشتركان فيها وإن اقتسما بينهما فأخذ كلّ منهما مقداراً منه، إلّا أن يشترطا(۴) . . . .
. .

۱- ۱. فى جواز هـذا الشـرط وأمثـاله إشـكال . (الكوه كَمَرى). * بـل لاـ يشتركـان فيها مع الشـرط أيضاً . (البروجردى، أحمد الخونسارى). * بنحو شرط البذل والتدارک عملاً أو نتيجه، لا الانتقال والجبر على حدّ نفسالعامل، وکذا فى اشتراط العاملَين مع الآخر . (مهدى الشـيرازى). * بل حتّى مع الشرط؛ لأنّه خلاف مقتضى عقد المضاربه . (البجنوردى). * بل مع الشرط أيضاً . (عبـدالله الشـيرازى). * صـحّه هـذا الشـرط وکـذا الشـرط الآتى محلّ إشـکال، نعم، لا يبعد صـحّه شـرطإعطاء ماله من الربح إلى صاحبه، أو شـرط جبران ما خسـر من كيسه، بل لا يبعدصحّه شرطهما على نحو النتيجه فى الفرعَين . (الخمينى). * فى الاشتراط كذلك إشـكال . (المرعشـى). * بل مع الشرط أيضاً على ما تقدّم . (الخوئى). * بل الظاهر بطلان الشرط المذكور، فلا أثر له فى الاشتراک . (محمّـد رضا الگلپايگانى). * هـذا وما بعده مبنىّ على ما تقدّم فى الرابعه عشـره . (السبزوارى). * بنحو شـرط البـذل والتـدارک من كيسه . (حسن القمّى). * الظاهر عـدم صـحّه هـذا الشـرط . (الروحانى). * بل ومع الشـرط أيضاً، إلّا أن يرجع إلى شرط الإعطاء أو الجبران، وكذا فى الفرضالآتى؛ فإنّ صحّه الشرط فيه أيضاً محلّ إشكال، بل منع . (اللنكرانى).
۲- ۲. بل هو متعدّد حقيقةً . (صدرالدين الصدر).
۳- ۳. بعـد الاعتراف بتعـدّد العقد ولو بحسب المنزله كيف يشتركان فى الربح والخسرانبالشـرط، نعم، اشتراط الربح للأجنبى أو الخسران عليه أمر آخر . (الفانى).
۴- ۴. فى عقدٍ آخر، لا فى نفس المضاربه، مع مراعاه إذن المالك، أو عدم مزاحمته ï لحقّه . (مهدى الشيرازى). * فيه إشكال . (عبدالله الشـيرازى). * هذا الاشتراط مخالف لمقتضى المضاربه الواحده بين المالک وبينهما، فليس لهماالتصرّف فى مقتضاها بالاشتراط . (الفانى). * فى الاشتراط كذلك إشكال . (المرعشى).

عدم الاشتراک(۱) فیها(۲) .

فلو عمل أحدهما وربح، وعمل الآخر ولم یربح، أو خسر یشترکان فی ذلک الربح، ویُجبَر به خسران الآخر، بل لو عمل أحدهما وربح ولم یشرع الآخر(۳) بعدُ فی العمل فانفسخت المضاربه یکون الآخر شریکاً(۴) وإن لم

۱- ۱. فی ضمن عقدٍ لازم . (الإصطهباناتی). فی ضمن عقدٍ لازم، ولم یکن مزاحماً لحقّ المالک، ومع ذلک فالمسأله لا تخلو مناإشکال . (البروجردی). * فیه منع . (عبدالهادی الشیرازی). * فیه تأمّل . (الشریعتمداری). * الظاهر عدم التأثیر للشرط المذکور بدون إذن المالک، ومعه یرجع إلی مضاربتَین .(محمّد رضا الگلپایگانی). * مع المالک، أو یشترطا بینهما فی ضمن عقدٍ آخر، مع إذن المالک، أو مع عدمالمزاحمه لحقّه . (حسن القمّی). * فی صحّه هذا الشرط إشکال . (الروحانی).

۲- ۲. فی صحّه هذا الشرط إشکال، بل منع . (الخوئی).

۳- ۳. لعدم مجیء وقت العمل، لا لتعطیله مع کونه وقته، وبعده فهو محلّ إشکالٍ مطلقاً .(الخمینی).

۴- ۴. فیه تأمّل . (الإصفهانی، حسن القمّی). * إذا کان عمله بها . (الکوه کَمَری). * فیه إشکال . (الإصطهباناتی، الخوئی (هذه التعلیقه أوردناها من نسخهٍ اُخری منه قدس سره .)). * فیه تأمّل، ولا یخلو من نظر وإشکال . (البجنوردی).

يصدر(۱) منه عمل؛ لأنّه مقتضى الاشتراک فی المعامله، ولا يُعدُّ هذا من شركه الأعمال كما قد يقال، فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعملٍ بالشركه فهو داخل فی عنوان المضاربه(۲) ، لا الشركه، كما أنّ النظير داخل فی عنوان الإجاره.

السابعه عشره: تلف المال فی المعامله نسيئه بإذن المالک

السابعه عشره : إذا أذن المالک للعامل فی البيع والشراء نسيئةً، فاشترى نسيئةً وباع(۳) كذلک فهلک المال فالدَين فی ذمّه المالک، وللدَيّان إذا علم بالحال أو تبيّن له بعد ذلک الرجوعُ على كلٍّ منهما(۴) ، فإن رجع على العامل وأخذ منه رجع هو على المالک.

ودعوى: أنّه مع العلم من الأوّل ليس له الرجوع على العامل؛ لعلمه بعدم

ص: ۳۶۵

۱- ۱. لعدم مجیء وقته، وإلّا فمحلّ إشكال . (اللنكرانی).

۲- ۲. لا شركه الأبدان، كما توهّم . (المرعشی).

۳- ۳. قد مرّ الإشكال فی صحّه مثل هذه المعامله، وأنّ الأحوط الاقتصار على ما اُسندإلی المشهور من لزوم كون المعامله بالعين . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۴- ۴. إن كان العامل باقياً على عمله . (البروجردی). * رجوعه على العامل محلّ إشكال . (أحمد الخونساری). * مادامت المضاربه باقيه . (الفانی). * لو كانت المضاربه باقيةً، والعامل لم يفرغ عن العمل . (المرعشی).

اشتغال ذمّته مدفوعه، بأنّ مقتضی المعامله(۱) ذلک، خصوصاً فی المضاربه، وسیّما إذا علم أنّه عامل یشتری للغیر، ولکن لم یعرف ذلک الغیر أنّه مَن هو؟ ومِن أیّ بلد؟ ولو لم یتبیّن للدَیّان أنّ الشراء للغیر یتعیّن له الرجوعُ علی العامل فی الظاهر، ویرجع هو علی المالک.

الثامنه عشره: حکم المضاربه مع الذمّی

الثامنه عشره : تُکره المضاربه مع الذمّیّ، خصوصاً إذا کان هو العامل؛ لقوله علیه السلام: «لا ینبغی للرجل المسلم أن یشارک الذمّی، ولا یُبضِعه بضاعه، ولا یودعه ودیعه، ولا یصافیه المودّه»(قرب الإسناد للحمیری: ۱۶۷، الکافی: ۵/۲۸۶، دعائم الإسلام للمغربی: ۲/۸۶.).

وقوله علیه السلام: «إنّ أمیرالمومنین علیه السلام کره مشارکه الیهودیّ والنصرانیّ والمجوسیّ، إلّا أن تکون تجاره حاضره لا یغیب عنها المسلم»(الکافی: ۵/۲۸۶، ح۲، تهذیب الأحکام للطوسی: ۷/۱۸۵، ح۲، وسائل الشیعه: ۱۹/۸، ح۲.).

ویمکن(۲) أن یستفاد من هذا الخبر: کراهه مضاربه من لا یومَن منه فی معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

ص: ۳۶۶

---

۱ – ۱. ومرجع هذا الوجه فی الحقیقه إلی أنّ مجرّد کون المعامله فی ذمّهالمضارب یقتضی الوفاء من ماله، إلّا إذا اشترط ولو ضمناً الوفاء من غیره، ومع عدموفائه طبع الذمّه المزبوره یقتضی الوفاء من ماله، بلا احتیاجٍ فی ذلک إلی اقتضاءعقد المضاربه شرطاً ضمنیّاً متعلّقاً بالوفاء من ماله فی ظرف عدم وفاء المالک،وربّما یشهد بمثل هذه الجهه أیضاً السیره القطعیّه فی الرجوع إلی العامل فی ظرفعدم وفاء غیره . (آقاضیاء). * إذا اشتری فی ذمّته علی أنّه عامل، لا ـ ما إذا اشتری فی ذمّه المالک . (الکوه کَمَری).

۲– ۲. غیر معلوم . (الخمینی).

التاسعه عشره: المضاربه بالمال الكلّی

التاسعه عشره : الظاهر صحّه المضاربه علی مائه دینار مثلاً کلّیاً(۱) ، فلا یشترط(۲) کون(۳) مال(۴) المضاربه عیناً(۵) شخصیّه، فیجوز إیقاعهما العقد علی کلّیٍ ثمّ تعیینه فی فرد. والقول بالمنع؛ لأنّ القدر المتیقّن العین الخارجیّ من النقدَین ضعیف(۶) ، وأضعف منه احتمال المنع(۷) حتّی فی الکلّی فی المعیّن؛ إذ یکفی فی الصحّه العمومات(۸) .

ص: ۳۶۷

۱- ۱. فیه إشکال . (مهدی الشیرازی). * فی الذمّه، أو خارجیّاً فی المعیَّن، وفی غیر هاتین الصورتَین لیس بملکٍ حتّی یقعموردا للمضاربه . (المرعشی).

۲- ۲. مشکل . (الإصفهانی، البروجردی).

۳- ۳. لا یخلو من نظر وإشکال . (البجنوردی). * مشکل . (أحمد الخونساری، عبدالله الشیرازی، حسن القمّی).

۴- ۴. محل إشکال . (الإصطهباناتی).

۵- ۵. فیه تأمّل . (الشریعتمداری).

۶- ۶. بل لا یخلو من وجه . (الکوه کَمَری). * لا یبعد قوّه هذا القول؛ لأنّ صحّه عقد المضاربه تحتاج إلی دلیلٍ خاصّ، ولایکفی فیها العمومات، ولا دلیل علی جواز ذلک، بل ما دلّ علی عدم جواز المضاربهفی الدَین حتّی یقبضه دلیل علی العدم، نعم، لا بأس بالمضاربه فی الکلّیّ فیالمعیّن؛ لشمول أدلّتها لها . (الخوئی).

۷- ۷. هذا فی غیر الفرضَین مقبول، وسنده ما أشرنا إلیه، لا مسأله الأخذ بالمتیقّن مندلیل المضاربه . (المرعشی).

۸- ۸. مع احتمال دخل العین فی حقیقه المضاربه عرفاً لا یثمر العمومات، ومع الجزمبعدمه لا یحتاج إلی التشبّث بها، بل یکفیه فیه بناوهم علی عدم اعتباره بضمیمهعدم الردع من الشارع الکافی فی إمضائها، وبمثل هذا البیان ربّما لا یحتاج فیأبواب المعاملات إلی التشبّث بالعمومات، ولو لدفع احتمال القیود الزائده عمّا یعتبرهالعرف؛ إذ یکفی فی ذلک عدم وصول الردع من الشارع، نظیر باب ظواهر الألفاظوسائر ما قامت علی اعتبارها بناء العقلاء، نعم، لو لم یکفِ عدم ثبوت الردع فیالإمضاء ولو بضمیمه مقدّمات نقض الغرض یحتاج فی الإمضاء إلی عموماتالباب؛ لدفع احتمال مثل هذه القیود الزائده عمّا یعتبر العرف فی حقیقتها؛ فتدبّرفافهم . (آقاضیاء). * هی تشمل ما کان مورده مملوکاً وهو فی الفرضین المذکورین . (المرعشی).

متمّم العشرين : لو ضاربه على ألفٍ مثلاً، فدفع إليه نصفه فعامل به، ثمّ دفع إليه النصف الآخر فالظاهر جبران خساره أحدهما بربح الآخر؛ لأنّه مضاربه واحده. وأمّا لو ضاربه على خمسمائةٍ فدفعها إليه وعامل بها، وفي أثناء التجاره زاده ودفع خمسمائةٍ أُخرى(1) فالظاهر عدم جبر(2) خساره إحداهما بربح الأُخرى؛ لأنّهما في قوّه مضاربتَين، نعم، بعد المزج(3) والتجاره بالمجموع يكونان واحده.

* * *

ص: ٣٦٨

---

١ - ١. هذا يتصوّر على نحوين : أحدهما : أن تكون الثانيه مضاربةً مستقلّةً في مقابل الأُولى : كما إذا فرض أنّ في المضاربه الأُولى كان الربح بينهما على النصف، وفي الثانيه كانعلى الثلث، ففي هذه الصوره لا أثر للمزج . الثاني : أن تكون الثانيه بنحو التتميمللأُولى، فعندئذٍ كانتا مضاربةً واحده، فلا فرق أيضاً بين صوره المزج وعدمه . (الخوئی).

٢ - ٢. بل الظاهر الجبران . (عبدالهادي الشيرازي). * بالنسبه إلى ما مضى، وأمّا بالنسبه إلى ما يأتي فلا- يبعد أن يكون المجموعمضاربةً واحده، فيجبر خسران إحداهما بربح الأُخرى . (محمّد رضا الگلپايگاني). * الظاهر اختلافه باختلاف الموارد . (السبزواري).

٣- ٣. الاستدراک محلّ نظر، فالحَرِيّ أن يقال : إنّ الدفع الثانويّ إن كان فسخاً فعليّاًللأُولى وإنشاء غيرها فالانجبار في محلّه، وإلّا فلا . (المرعشي).

فصل: فی أحکام الشرکه

معنی الشرکه وأقسامها وما یعتبر فیها

وهی عباره عن کون شیءٍ واحدٍ(۱) لاثنینِ أو أزید، مِلْکاً أو حَقّاً، وهی : إمّا واقعیّه قهریّه، کما فی المال أو الحقِّ المَوروث.

وإمّا واقعیّه اختیاریّه من غیر استنادٍ إلی عقد، کما إذا أحیا شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراک، أو حَفَرا بئراً، أو اغترفا ماءً، أو اقتلعا شَجَراً.

وإمّا ظاهریّه(۲) . . . .

---

۱ - ۱. یکفی فی الشرکه العقدیّه وحده المال اعتباراً بحسب جعل الشریکین؛ إذ اعتبارالامتزاج بحیث تکون المثلیّات والقیمیّات خارجةً عن مورد الشرکه العقدیّهخلاف ما هو المتعارف من الشرکات التجاریّه، ولم نتحصّل إجماعاً علیاعتبار الامتزاج، فإطلاق أدلّه المعاملات ولو کان إطلاقاً مقامیّاً کافٍ فی القولبعدم اعتبار الامتزاج . (الفانی).

۲ - ۲. الظاهر أن یکون الامتزاج الموجب لعدم تمیّز المالَین ــ اختیاریّاً کان أو قهریّاً ــموجباً لخروج کلٍّ منهما فی نفس الأمر عن صلاحیّه الاختصاص بمالکه، وکونالشرکه حینئذٍ واقعیّهً، لا ظاهریّه مطلقاً، والظاهر أن یکون خلط الدِرهم ونحوهبمثله موجباً للشرکه، ولا یکون من مجرّد الاشتباه مع بقاء کلٍّ من الممتزجَین علیالاختصاص النفس الأمریّ بمالکه . (النائینی). * الظاهر أن یکون الامتزاج الموجب لعدم تمیّز المالَین ــ اختیاریّاً کان أو قهریّاً ــموجباً لخروج کلٍّ منهما فی نفس الأمر عن صلاحیّه الاختصاص بمالکه، وکونالشرکه حینئذٍ واقعیّهً، لا ظاهریّه، والظاهر أن یکون خَلط الدِرهم ونحوه بمثلهموجباً للشرکه، ولا یکون من مجرّد الاشتباه مع بقاء کلٍّ من الممتزجَین منالاختصاص النفس الأمریّ بمالکه . (جمال الدین الگلپایگانی). * إطلاق الشرکه علی ما سمّاه بالشرکه الظاهریّه ــ القهریّه أو الاختیاریّه ــ یکونعلی نحو التسامح؛ إذ المزج لو وصل إلی حدّ عدم إمکان تخریج المالَین کان موجباًللشرکه الواقعیّه : إمّا للصلح القهریّ، أو لبناء العقلاء، أو للإجماع، وإلّا فلا تکونشرکه ولو بحسب الظاهر؛ إذ لا معنی لمثل هذه الشرکه . (الفانی). * فی تصویر الشرکه الظاهریّه مع العلم بعدم الشرکه الواقعیّه نظر وإشکال، إلّا أنیکون المراد : الشرکه الحکمیّه . (حسن القمّی). * الظاهر أنّه لا معنی واقعاً للشرکه الظاهریّه مع العلم بعدمها، نعم، لا إشکال فیتحقّق الشرکه الواقعیّه فی بعض أقسام الامتزاج، کامتزاج دهن اللوز مثلاً بمثله، وبماذکرنا یظهر الإشکال بحکمه بالشرکه الظاهریّه فی بعض الفروع الآتیه . (تقی القمّی).

قهريّه(۱) ، كما إذا امتزج مالهما(۲) من دون اختيارهما ولو بفعل أجنبيٍّ بحيث

ص: ۳۷۰

۱- ۱. كون الشـركه فى ذلك ظاهريّه محل نظر، كجمله ممّا ذكره بعد ذلك فى أقسامالشركه . (الكوه كَمَرى). * لو لم يُؤَوّل؛ إذ الحكم بالشـركه ظـاهراً، مع العلم بعـدمها واقعـاً، سواء كانالسـبب أمراً قهريّـاً أم اختياريّـاً ممّا لا محصّل له، فالحرىّ بالقبول أن يقال : إنّالمعيار فى الاشتراك عدم تعدّد الممتزجَين فى نظر العرف، وعدّهما شـيئاً واحداًعندهم بالنظره الاُولى . (المرعشى). * لا معنى للشـركه الظاهريّه مع العلم بعدم الاشتراك واقعاً، فالصـحيح فى مواردالامتزاج القهرىّ أو الاختيارىّ أنّ الشركه واقعيّه إذا كان الممتزجان يُعدّان شـيئاًواحداً عرفاً، وإلّا فلا شـركه أصـلًا، كخلط الدراهم بمثلها . (الخوئى). * كون الشركه ظاهريّهً فى ما ذكر محلّ تأمّل، بل لا يبعـد كونها واقعيّه، كما هوالمرتكز فى أذهان العرف مع عدم ردع معلوم . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل الشـركه فى مثلها أيضاً واقعيّه . (محمّد الشـيرازى). * الشـركه الظاهريّه لا دليل عليها، بل فى موارد الامتزاج إن كان المالان بعد المزجيُعدّان بنظر العرف شيئاً واحداً كانت الشركه واقعيّهً، وإلّا فلا شركه . (الروحانى).

۲- ۲. فى إطلاقه تأمّل؛ إذ فى خلط المائعات من جنسٍ واحـدٍ ربّما يحكم العرفبالشـركه الواقعيّه، وكـذا فى المختلفات المحـدثه خلطهـا ولو بفورانه طبيعه ثالثهكالسِّكَنجَبِين (وهو خليـط من الخـلّ والعسـل . الفروق اللغويه لأبى هلال العسكرى : ۴۵۷). (آقاضياء).

لا يتميّز(۱) أحدهما(۲) من الآخر، سواء كانا من جنسٍ واحدٍ كمزج حنطه بحنطهٍ، أم جنسين كمزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير، أو دُهن اللّوز بدُهن الجَوز، أو الخَلّ بالدِبس.

ص: ۳۷۱

۱- ۱. واقعاً فی النظره الاُولی للعرف؛ بحیث کان کلّ من الممتزجَین خارجاً عن شأنیّهالاختصاص بمالکه الواقعی . (المرعشی).

۲- ۲. میزان الشرکه الواقعیّه فی مثل الامتزاج هو رفع الامتیاز واقعاً بحسب نظر العرفوإن لم یکن کذلک عقلاً، ففی مثل مزج المائعَین المتماثِلَین تکون واقعیّه، وکذا فیغیر المتماثِلَین غالباً، وفی مثل مزج الحبّات الصغیره کالخَشْخاش (الخَشخاش : نبت منه الأبیض والأسود، فالأبیض منه دواء معروف، والأسود من السُموم . العین :۴/۱۳۲ ، وقال فی القاموس : والخشخاش أصناف : بُستانیّ ومنثور ومُقَرَّن وزَبَدیّ، والکلّ منوّممخدّر مبرِّد، وقشره من نصف درهم غُدوه، ومثله عند النوم سُقیاً بماء بارد عجیب جدّاً لقطعالإسهال الخِلطیّ والدمویّ إذا کان مع حرارهٍ وإلتهاب . القاموس المحیط : ۲/۴۲۰ ، وانظر : الأغذیه والأدویه لإسحاق بن سلیمان : ۲۵۱ ، ولسان العرب : ۴/۹۹ ، (ماده خَشَش)..) والسِمسِم لایبعد ظاهریّتها إذا کانا متجانسَین وعدم الشرکه فی غیرهما، وفی الجامدات الناعمهکالدقیق محلّ تأمّلٍ لا یبعد ظاهریّتها، والأحوط التخلّص بمثل الصلح فی خلطالجوز بالجوز واللوز باللوز، وفی مثل الدراهم والدنانیر المتماثلات . (الخمینی). * إن کان عدم التمیّز بنحوٍ لا یری العرف وجوده واقعاً فالشرکه واقعیّه، کما فیامتزاج المائعین المتماثِلَین، بل غیر المتماثِلَین، کما فی امتزاج الماء مع الجلّاب،وإلّا فلا معنی للشرکه الظاهریّه، بل اللازم الرجوع إلی الصلح أو القرعه، کما فیاختلاط الجوز بالجوز، والدراهم والدنانیر بمثلهما . (اللنکرانی).

وإمّا ظاهريّه اختياريّه، كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركه فإنّ مال كلٍّ منهما فى الواقع ممتاز عن الآخر؛ ولذا لو فرض تمييزهما اختصّ كلّ منهما بماله.

وأمّا الاختلاط مع التميّز فلا يوجب الشركه(۱) ولو ظاهراً؛ إذ مع الاشتباه

مرجعه الصلح القهرىّ أو القرعه(۲) .

وإمّا واقعيّه مستنده إلى عقدٍ غير عقد الشركه، كما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء، أو الصلح، أو الهبه، أو نحوها.

وإمّا واقعيّه منشأه(۳) بتشريك(۴) أحدهما الآخر فى ماله، كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يُشرِكه فيه، ويُسمّى عندهم بالتشريك، وهو صحيح؛ لجملةٍ من الأخبار(الفقيه: ۳/۲۱۳، ح۳۷۹۳ وص۲۱۹:، ح۳۸۱۳، التهذيب: ۶/۲۰۰، ح۴۴۶، و۷/۴۳، ح ۱۸۴وص۶۸، ح۲۹۲ و۱۸۵، ح۸۱۷ و۱۸۶، ح۸۲۲ وغيرها.).

ص: ۳۷۲

۱- ۱. الأقوى ثبوت حكم الشركه فى صورتَى تعذّر التخليص وتعسّره لدى العرف .(المرعشى).
۲- ۲. فى عموم دليل القرعه إشكال، بل منع . (تقى القمّى).
۳- ۳. لا يخفى أنّ الاشتراك فى المالَين لمّا كان دائراً بوجوده الواقعى مدار امتزاجهماوعدمه، فالّذى يصلح لأن ينشأ بعقد الشركه هو الاشتراك فيهما بما يستتبعه منالآثار دون نفسه . (جمال الدين الگلپايگانى).
۴- ۴. لا يخفى أنّ الاشتراك فى المالَين لمّا كان دائراً بوجوده الواقعى مدار امتزاجهماوعدمه، فالّذى يصلح لأن ينشأ بعقد الشركه هو الاشتراك فيهما بما يستتبعه منالآثار دون نفسه . (النائينى).

وإمّا واقعيّه منشأه بتشريک کلٍّ(۱) منهما(۲) الآخر فی ماله، ویُسمّی هذا بالشرکه العَقدیّه ومعدود من العقود.

ثمّ إنّ الشرکه: قد تکون فی عَین، وقد تکون فی منفعه(۳) ، وقد تکون فی حقّ.

وبحسب الکیفیّه: إمّا بنحو الإشاعه، وإمّا بنحو الکلّیّ(۴) فی المعیَّن(۵) .

ص: ۳۷۳

---

۱ – ۱. ظاهره أنّ مجرّد إنشاء التشریک یوجب تحقّق الشرکه الحقیقیّه، وهی کون شیءٍواحدٍ لاثنین أو أزید، مع أنّ تحقّقها بدون الخلط والامتزاج محلّ تأمّل، بل منع،کما سیأتی، ومع حصول الاختلاط لا حاجه إلی الإنشاء، وعلیه فالشرکه العقدیّهفی مقابل سائر أنواع الشرکه غیر ثابته، إلّا أن یکون أثرها مجرّد الإباحهوالإذن فی التصرّف، کما یومئ إلیه ما سیأتی من کون الفسخ مؤثّراً فی ارتفاع الإذنوالإباحه فقط . (اللنکرانی).
۲ – ۲. الظاهر أنّ المنشأ بعقد الشرکه هو التعهّد والالتزام بآثارها المباینه لآثارالمضاربه والإجاره والوکاله، وأمّا الإباحه فمبتیّه علی استفادتها من تلک المعاهده،فمن عدّها من آثارها لا یحتاج إلی الإذن فی التصرّف بعد، ومَن لا یعدّها منهافیحتاج إلی ذلک، وأمّا الاشتراک فی المالَین فهو مسبّب عن خلطهما بلا تمیّزولیس من آثار العقد . (محمّد رضا الگلپایگانی).
۳– ۳. أو انتفاع؛ بناءً علی أنّه من الحقوق المتعارفه . (السبزواری).
۴ – ۴. جعل الکلّیّ فی المعیَّن من أقسام الشرکه المعروفه محلّ منع، وإن یترتّب فیبعض الأحیان بعض آثارها من کون التلف والنماء لهما وعلیهما . (آقاضیاء).
۵– ۵. جعل الکلّیّ فی المعیّن من أقسام الشرکه ممنوع، إلّا من باب المسامحه،إلّا أنْ تتحقّق حصّه الشریکَین بنحو الکلّیّ فی المعیَّن، کأن یشتریا شخصانصاعاً من الصبره . (عبدالله الشیرازی). * المالک للکلّیّ فی المعیَّن لا یملک الخصوصیّات الفردیّه؛ ولذا تکون ولایه تطبیقالکلّیّ علی الفرد لمن انتقل عنه الکلّیّ، فإذا باع صاعاً من صبرهٍ مثلًالا یکون المشتری شریکاً معه فی الصبره، بل له ما یصدق علیه صاع من تلکالصبره لا علی التعیین؛ إذ الکلّیّ فی المعیَّن برزخ بین الفرد الخارجیّ المعیّن وبینالکلّیّ فی الذمّه؛ وعلیه فإذا قلنا بأنّه شریک مع صاحب الصبره بنسبه الصاع فیهایکون علی نحوٍ من التسامح . (الفانی). * فیه إشکال . (الخمینی). * غایه ما یُتصوّر لثبوت الشرکه فیه اشتراک المالکَین فی المالکیّه للمقدار المعلوممن الشیء الخارجیّ . (المرعشی).

وقد تکون علی(۱) وجهٍ(۲) یکون کلّ(۳) من الشریکَین أو الشرکاء مستقلّاً فی التصرّف(۴) ، کما فی شرکه الفقراء(۵) فی الزکاه،

ص: ۳۷۴

---

۱ - ۱. الظاهر أن تکون الشرکه فی هذه الاُمور، بل وفی الکلّیّ فی المعیّن أیضاً بمعنیآخر، والخطب هَیِّن . (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- ۲. الظاهر أن تکون الشرکه فی هذه الاُمور، بل وفی الکلّیّ فی المعیَّن أیضاً بمعنیآخر، والخَطب هَیِّن . (النائینی). * الظاهر أنّ المالک أو الموقوف علیه فی هذه الموارد هو الجهه والعنوان، ولا- شرکهللأفراد فی المال، وإنّما هم مصارف، فلا- مِلک لآحادهم قبل القبض حتّی یقال : إنّهمشرکاء . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. هذا لیس من الشرکه فی المال، بل یکون المالک هو الکلّیّ، والتفصیل لا یسعهالمقام . (الروحانی).

۴- ۴. تحقّق الشرکه الشرعیّه بل والاصطلاحیّه عند الفقهاء مع استقلال کلّ واحدٍ منالشرکاء بالتصرّف مشکل، فإنّ من أظهر خواصّ الشرکه عدم جواز تصرّف الشریکبدون إذن شریکه، مع أنّ ملکیّه الفقراء للحقّ قبل القبض محلّ نظر، بل منع، وعلیفرض المِلک فهو مِلک الجنس الّذی لم یلحظ فیه التعدّد، لا مِلک الأفرادوالأشخاص . (کاشف الغطاء).

۵- ۵. الفقراء من جمله مصارف الزکاه، نعم، لو أعطی أحدهم من الزکاه شیئاً مَلَکه ، Ï وأمّا الأعیان الزکویّه فهی محقوقه بالحقّ الزکویّ، لا- أنّها من الأعیان المشترکه منحیث الملکیّه بین المالک وبین الفقراء أو غیرهم من المصارف . (الفانی). * فی کون الأمثله من قبیل ما ذکره إشکال، بل منع . (الخمینی). * مالکیّتهم علی فرض ثبوتها طولیّه، وعلی سبیل البدلیّه، ولیست بعرضیّه، فلامعنی للاشتراک فضلاً عن الاستقلال فی التصرّف، وفی الأخماس الملکیّه للجنس،لا الأفراد، وإلّا لزم البسط، وهو واضح البطلان، وتعیین الکلّیّ فی الفرد بتعیینالمالک أو الولیّ العام فلا اشتراک أیضاً، وأمّا الأوقاف العامّه فلا ملکیّه فیه کی تکونهناک شرکه فضلاً عن الاستقلال . (المرعشی).

والساده(۱) فی الخُمس، والموقوف علیهم(۲) فی الأوقاف العامّه، ونحوها.

اختصاص الشرکه العقدیّه بالأعیان

(مسأله ۱) : لا تصحّ الشـرکه العَقدیّه إلّا فی الأموال، بل الأعیان، فلا تصحّ فی الدُیون(۳) ، فلو کان لکلٍّ منهما دَین علی شخصٍ فأوقعا العقـد علی کون کلٍّ منهما بینهما لم یصـحّ. وکـذا لا تصـحّ فی المنافع بأن کان لکلّ منهما دار مثلاً وأوقعا العقـد علی أن تکون منفعه کلٍّ منهما بینهما بالنصف مثلاً، ولو أرادا(۴) ذلک صالح أحدهما الآخر نصف منفعه داره بنصف منفعه دار الآخر، أو صالح نصف منفعه داره بدینارٍ مثلاً، وصالحه الآخر نصف

۱- ۱. المال یتعلّق به حقّ الساده، لا أنّهم یملکون المال بنسبه الحقّ المذکور وهوالخمس . (الفانی).

۲- ۲. الوقف إیقاف للعین وتسبیل لثمرتها، ولیس من التملیک فی شیء . (الفانی).

۳- ۳. لعـدم تحقّق الامتزاج فیها، وهو معتبر فی تلک الشـرکه . (المرعشـی). * علی الأصحّ؛ لبعض ما ذکر من مسـتند المنع فی غیرها، کاسـتلزام اشتراک منفعهـدین أحـدهما بینهما، مع أنّ عقد الشـرکه فی التجاره غیر موثّرٍ فی تملیک مالٍ منأحدٍ إلی غیره، ولیس بمعاوضه مالٍ بمال، لا عیناً، ولا منفعه . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * علی إشـکال فی الـدیون والمنافع، وإن کان ما فی المتن أحوط . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. بأن قصد المعاوضه بین المنفعتَین . (المرعشی).

منفعه داره بذلک الدینار.

وکذا لا تصحّ شرکه الأعمال، وتُسمّی: شرکه الأبدان أیضاً، وهی أن یوقّعا(۱) العقد علی أن تکون أُجره عمل کلٍّ منهما مشترکاً بینهما، سواء اتّفق عملهما کالخیاطه مثلاً، أم کان علی أحدهما الخیاطه والآخر النساجه، وسواء کان ذلک فی عمل معیّن، أم فی کلّ ما یعمل کلّ منهما، ولو أرادا الاشتراک فی ذلک صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعیّنه، أو منافعه إلی مدّه کذا بنصف منفعه، أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوضٍ معیّن(۲) ، وصالحه الآخر أیضاً نصف منفعته بذلک العوض.

ولا تصحّ أیضاً شرکه الوجوه(۳) ، وهی: أن یشترک(۴) اثنان وجیهان لا مال لهما بعقد الشرکه علی أن یبتاع کلّ منهما فی ذمّته إلی أجل، ویکون ما یبتاعه بینهما، فیبیعانه ویودّیان الثمن، ویکون ما حصل من الربح بینهما. وإذا أرادا ذلک علی الوجه الصحیح وکّل کلٌّ منهما الآخر فی الشراء، فاشتری لهما وفی ذمّتهما.

وشرکه المفاوضه أیضاً باطله، وهی: أن یشترک اثنان أو أزید علی أن یکون کلّ ما یحصل لأحدهما من ربح تجارهٍ أو زراعهٍ أو کسبٍ آخر أو إرثٍ

ص: ۳۷۶

۱- ۱. هذا أحد الوجوه فی تفسیرها، وأمّا إن فسّرت بالاشتراک فی الأجر بعد دخوله فیملک العامل _ بمعنی خروج مقدارٍ منه عن ملک العامل ودخوله فی ملک الشریکالغیر العامل _ فلا إشکال فی صحّتها . (المرعشی).

۲- ۲. فیدخل حینئذٍ فی باب المصالحه، فهناک مصالحتان تخرج عن باب التشریک .(المرعشی).

۳- ۳. ما فسّرها به هو أشهر معانیها علی ما حکی . (الخمینی).

۴- ۴. هذا أحد تفاسیرها . (المرعشی).

أو وصيّهٍ أو نحو ذلك مشتركاً بينهما. وكذا كلّ غرامهٍ تَرِد على أحدهما تكون عليهما(۱) . فانحصرت الشركه العقديّه الصحيحه بالشركه فى الأعيان المملوكه فعلاً، وتسمّى بشركه العنان.

لو استأجر اثنين لعملٍ واحد

(مسأله ۲) : لو استأجر اثنين لعملٍ واحدٍ بأُجره معلومهٍ(۲) صحّ وكانت الأُجره مقسّمه عليهما بنسبه(۳) عملهما، ولا يضرّ الجهل بمقدار حصّه كلٍّ منهما حين العقد؛ لكفايه معلوميّه المجموع، ولاـ يكون من شركه الأعمال الّتى تكون باطله، بل من شركه الأموال، فهو كما لو استأجر كلّاً منهما لعملٍ وأعطاهما شيئاً واحداً بإزاء اُجرتهما. ولو اشتبه مقدار عمل كلٍّ منهما: فإن احتمل التساوى(۴) حمل عليه(۵) ؛

ص: ۳۷۷

۱- ۱. ويمكن تصحيح ذلك كلّه بالاشتراط فى ضمن عقدٍ لازمٍ آخر . (النائينى).

۲- ۲. إن كان المراد من كلام الماتن صوره كون الإجاره واحدهً فى الواقع، بأن يكونمجموع شخصَين بما هو أجيراً فلا تكون الإجاره صحيحه؛ لعدم دليلٍ على صحّهمثلها، وإن كان المراد تعدّد الإجاره فكيف تكفى معلوميّه المجموع والحال أنّ كلّعقد تُشترط فيه شرائط ذلك العقد؟ ! (تقى القمّى).

۳ – ۳. لاـ دخل للعمل الخارجىّ فى استحقاق الاُـجره، بل الاستحقاق يتحقّق بنفسالعقد، نعم، العمل الخارجىّ دخيل فى الاستحقاق فى باب الجعاله . (تقى القمّى).

۴– ۴. والأحوط الصلح؛ لمعارضه أصاله عدم زياده عمل أحدهما على الآخر بأصالهعدم تساوى العملَين . (البجنوردى). * الأحوط الصلح . (عبدالله الشيرازى).

۵– ۵. الأحوط الصلح . (الإصفهانى، البروجردى، أحمد الخونسارى، حسن القمّى). * بل الصلح أحوط . (الإصطهباناتى). * بل لابدّ فيه من التصالح . (مهدى الشيرازى). * الأحوط فى هذه الصوره وفى صوره العلم بزياده أحدهما على الآخر التصالح إنأمكن، وإلّا فالقرعه . (عبدالهادى الشيرازى). * الأحوط التصالح، وأمّا أصله فغير أصيل . (الخمينى). * بل الأحوط التصالح، وأمّا الأصل فكما يجرى فى عدم زياده استحقاق كلٍّ منهماعلى الآخر يجرى فى عدم استحقاقهما بنحو التساوى، ويسقط بالمعارضه . (محمّدرضا الگلپايگانى). * والأحوط التصالح، ولا مجال لأصاله عدم الزياده؛ لعدم جريانها ذاتاً على بعضالوجوه، وللمعارضه على البعض الآخر . (اللنكرانى).

لأصاله(۱) عدم(۲) زیاده(۳) عمل أحدهما علی الآخر(۴) .

۱- ۱. الأصل غیر جارٍ للمعارضه والإثبات، فالأظهر التقسیم أو الاقتراع، والأحوطالتصالح . (المرعشی).

۲- ۲. هذا الأصل لا أصل له، والأظهر تقسیم المردّد بینهما، والأحوط التصالحوالتراضی . (صدرالدین الصدر).

۳- ۳. هـذا الأصل لا فائـده فیه . (الکوه کَمَری). * ولکنّها لا تُثبت التساوی، فلا مناص عن الصـلح، وهو مقـدَّم من حیث الرتبه علیالقرعه الّتی (فی نسـخه الأصل زیاده (هی) بعد (الّتی) وقد حذفناها لاقتضاء السـیاق .) تکون فی الرتبه المتأخّره عن جمیع الحجـج والاُصول مطلقاً . (الفانی). * بناءً علی کفایتها فی تحقّق التساوی عرفاً، کما هو الظاهر، ولا یُشترط التساویبإحرازه حتّی یجری الأصـل فیه أیضـاً، أو تساقطـا بالتعـارض، ولکنّ الأحوطالتراضـی فیه وفی ما بعـده . (السبزواری). * الأحوط الرجوع إلی الصلح إن أمکن، وإلّا فالقرعه؛ لأنّ هذا الأصل معارضبأصاله عدم المساواه . (الروحانی).

۴- ۴. لا أصل لهذا الأصل، والأحوط الصلح . (الشریعتمداری). * لا مجری لها؛ لأنّها معارضه بأصاله عدم تساویهما فی العمل، فالأحوط الرجوعإلی الصلح . (الخوئی).

وإن علم(۱) زیاده(۲) أحدهما علی الآخر فیحتمل(۳) القرعه فی المقدار الزائد، ویحتمل(۴) الصلح(۵) القهریّ(۶).

حکم ما یستحصل بعملٍ مشترک

(مسأله ۳) : لو اقتلعا شجرهً، أو اغترفا ماءً بآنیهٍ واحدهٍ، أو نصبا معاً شبکهً للصید، أو أحیَیا أرضاً معاً: فإن ملّک کلّ منهما(۷) نصف(۸) منفعته بنصف منفعه الآخر اشترکا فیه بالتساوی، وإلّا فلکلٍّ منهما بنسبه(۹) عمله(۱۰) ولو بحسب القوّه(۱۱) والضعف. ولو اشتبه

ص: ۳۷۹

۱- ۱. ولم یعلم مستحقّ الزیاده . (اللنکرانی).

۲- ۲. مع عدم العلم بمقدارها . (المرعشی).

۳- ۳. هذا الاحتمال ضعیف، ولا یُترک الاحتیاط بالصلح . (تقی القمّی).

۴- ۴. والأحوط التصالح . (اللنکرانی).

۵- ۵. وهو الأحوط . (المرعشی).

۶- ۶. هذا هو المتعیّن؛ لتأخّر رتبه القرعه عن الصلح القهریّ . (الفانی). * والأحوط التصالح والتراضی . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. بمصالحهٍ، أو شرطٍ فی ضمن عقد . (آقاضیاء). * بصلحٍ، أو شرطٍ فی ضمن عقد . (مهدی الشیرازی).

۸- ۸. بمصالحهٍ، أو شرط . (عبدالله الشیرازی).

۹- ۹. بل الصلح أحوط . (الإصطهباناتی).

۱۰- ۱۰. الأحوط الصلح . (الإصفهانی، البروجردی، أحمد الخونساری). * والمشخّص فی ذلک هو العرف الخاصّ أو العامّ . (المرعشی). * بحسب الاستناد العرفیّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع إحرازها بوجهٍ عرفیّ، وإلّا فالأحوط التصالح . (السبزواری).

۱۱- ۱۱. الأحوط الصلح . (عبدالله الشیرازی). * بشرط المدخلیّه فی المباشره والتأثیر لا مطلقاً . (المرعشی).

الحال(۱) فكالمسأله السابقه(۲) ، وربّما يحتمل(۳) التساوى(۴) مطلقاً(۵) ؛ لصدق اتّحاد فعلهما فى السببيّه، واندراجهما فى قوله: «مَن حازَ مَلَک»(۶) ، وهو كما ترى.

اشتراط الامتزاج فى الشركه العقديّه

(مسأله ۴) : يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم فى الشركه العقديّه

ص: ۳۸۰

۱- ۱. الكلام هنا أيضاً كالكلام فى المسأله السابقه؛ من حيث إنّ الأحوط هو الصلح،ومن حيث معارضه الأصلَين . (البجنوردى).

۲- ۲. وقد مرّ الكلام فيها . (عبدالهادى الشيرازى). * مرّ الاحتياط . (الخمينى). * وقد عرفت ما هو الحقيق بالقبول . (المرعشى).

۳- ۳. هذا الاحتمال فى غايه القوّه، بل هو الأظهر . (تقى القمّى).

۴- ۴. بتقريب اقتضاء توارد العِلَّتَين على معلولٍ واحد استناد العليّه إلى الجامع بينالعِلَّتَين؛ فِراراً عن استناد صدور الواحد إلى أزيد من واحد، ولكنّ الظاهر أنّملاحظه النسبه بين العملَين أوفق بالنظر العرفىّ فى باب الاعتباريّات . (الفانى). * لا يبعد ذلك . (الخوئى).

۵- ۵. فى إطلاقه تأمّل وإشكال . (صدرالدين الصدر).

۶- ۶. هذه الجمله لم نعثر عليها فى الروايات (بل هى قاعده متصَيَّدَه ومنتزَعَه من أبواب الفقه، ويطلق عليها « قاعده الحيازه » ، انظر القواعدالفقهيّه : ۲/۱۲۰ ، قاعده الحيازه .) ، بل الوارد فيها قوله عليه السلام: « للعين ما رأت،ولليد ما أخذت »(الكافى : ۶/۲۲۳ ، ح ۶ ، من لا يحضره الفقيه : ۳/۱۱۲ ، ح ۳۴۳۱ ، تهذيب الأحكام : ۹/۶۱ ،ح ۲۵۷ ، وسائل الشيعه : الباب (۳۸) من أبواب الصيد، ح ۱.). (الخوئى).

ـ مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ(۱) والعقل والاختيار وعدم الحَجر لِفَلَسٍ أو سَـفَهٍ ـ امتزاج المالين(۲) سابقاً على العقد(۳) أو لاحقاً بحيث لا يتميّز أحدهما من الآخر، من النقود كانا أو من العروض. بل اشترط جماعه(راجع الوسيله لابن حمزه الطوسی: ۲۶۲، تـذكره الفقهاء (ط . ق): ۲/۲۲۲، مجمع الفائدهللأردبيلی: ۱۰/۱۹۴، جواهر الكلام: ۲۶/۲۹۴.) اتّحادهما فی الجنس والوصف، والأظهر عدم اعتباره، بل يكفی الامتزاج على وجهٍ لا يتميّز أحدهما من الآخر، كما لو امتزج دقيق الحنطه بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطه بنوعٍ آخر(۴) ، بل لا يبعد كفايه امتزاج الحنطه بالشعير(۵) ؛

۱- ۱. يكفی إشراف الولیّ على الشركه . (الفانی).

۲- ۲. لا دليل على اعتبار امتزاج المالَين فی الشركه العقديّه، فما أشار إليه فی ذيلالمسأله من قوله : « أمكن منعه مطلقاً » متين جدّاً، وقوله : « لو لا ظهور الإجماع » الظاهر فی تحقّق الإجماع قابل للمنع؛ للاختلافات المرئيّه فی كلماتهم، فراجعها . فالظاهر كفايه ملاحظه مقدار الماليّه لحصّه كلٍّ منهما، ثمّ مقايسه الربح بالإضافه إليذلك، كما هو المتعارف فی الشركات . (الفانی).
* قد مرّ الإشكال فی الشركه العقديّه، وكذا فی الشركه الظاهريه، وأنّ الملاك فيالشركه هو الامتزاج بنحو ما مرّ . (اللنكرانی).

۳- ۳. وهو المؤثّر فی تحقّقها، فلا أثر للعقد حينئذٍ إلّا الإذن فی التصرّف . (المرعشی).

۴- ۴. مع رفع الامتياز، ولا يكفی امتزاج الحنطه بالشعير على الأحوط . (الخمينی). * مع عدم التميّز . (المرعشی).

۵- ۵. مشكل . (الإصطهباناتی). * بل هی بعيده . (البروجردی). * حصول الشركه به فيهما محلّ تأمّل . (المرعشی). * كفايه امتزاج مثل الحنطه بالشعير مشكل . (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل لا يبعد كفايه الوحده الاعتباريّه بأیّ وجهٍ اعتبرها العقلاء، نعم، فی موردتحقّق المزج فی الجمله لا يجوز التصرّف فی المال المشترك بعد الرجوع عن الإذن،بخلاف غيرها من سائر الصور الّتی يكون المالان ممتازَين خارجاً . (السبزواری).

وذلك للعمومات(۱) العامّه، كقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(المائده: ۱.) وقوله عليه السلام: «المومنون عند شروطهم»(الاستبصار للطوسى: ۳/۲۳۲، المهذّب لابن البرّاج: ۲/۲۱۲، الوسائل : الباب (۲۰) من أبوابالمهور، ح۴، المدوّنه الكبرى لمالك: ۳/۲۳۵، المبسوط للسرخسى: ۲۳/۳۳.) وغيرهما، بل لولا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه(۲) مطلقاً؛ عملاً بالعمومات. ودعوى عدم كفايتها(۳) لإثبات ذلك كما ترى(۴) ، لكن الأحوط(۵)

۱- ۱. العمومات على فرض الشمول تُثبِت الصحّه بما أنّه عقد، لا أنّه عقد الشركه حتّيتترتّب آثارها الخاصّه . (المرعشى).

۲- ۲. بل هو ممنوع ولو لم يكن هناك إجماع . (المرعشى).

۳- ۳. وهو الأقوى، كما مرّ . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- ۴. الظاهر أنّ مراد القائل بعدم الكفايه فى إثبات كونها شركه، لا صحّتها فى نفسها لوقلنا بصحّه كلّ معاملهٍ عرفيّهٍ مع عدم ورود نهيٍ عنها؛ لأجل العمومات والإطلاقات،كما هو الأقوى . (صدرالدين الصدر).

۵- ۵. لا يُترك؛ للتشكيك فى قابليّه المحلّ للشركه، فلا يكفيه العمومات حينئذٍ .(آقاضياء). * لا يُترك . (الإصفهانى، البروجردى، أحمد الخونسارى، عبدالله الشيرازى، الخمينى، حسن القمّى، تقى القمّى). * بل هو الأقوى، كما عرفت . (صدرالدين الصدر). * هذا الاحتياط لا يُترك . (مهدى الشيرازى). * بل المتعيّن فى غير صوره الامتزاج . (محمّد رضا الگلپايگانى).

مع ذلک(۱) أن یبیع کلّ منهما حصّهً ممّا هو له بحصّه ممّا للاخر، أو یهبها کلّ منهما للاخر، أو نحو ذلک فی غیر صوره الامتزاج(۲) الّذی هو المتیقّن.

هذا، ویکفی فی الإیجاب والقبول کلّ ما دلّ علی الشرکه من قولٍ أو فعل.

تساوی الشریکین فی الربح والخساره

(مسأله ۵) : یتساوی الشریکان فی الربح والخسران مع تساوی المالَین، ومع زیادهٍ فبنسبه الزیاده ربحاً وخسراناً، سواء کان العمل من أحدهما أم منهما ــ مع التساوی فیه، أو الاختلاف ــ أم من متبرّعٍ أو أجیر، هذا مع الإطلاق.

ولو شرطا فی العقد زیادهً لأحدهما: فإن کان للعامل منهما أو لمن عمله أزید فلا شکال(۳) ، ولا خلاف علی الظاهر عندهم فی صحّته، أمّا لو شرطا لغیر العامل منهما أو لغیر مَن عمله أزید ففی صحّه الشرط والعقد وبطلانهما، وصحّه العقد وبطلان الشرط، فیکون کصوره الإطلاق أقوال: أقواها

ص: ۳۸۳

۱- ۱. هذا الاحتیاط لا یُترک . (الإصطهباناتی).
۲- ۲. وقد مرّ ضابط الامتزاج الّذی هو شرط للشرکه، ولازمه عدم الشرکه فی الدراهم،إلّا أنّه ادّعی صاحب الجواهر الإجماع والسیره علی ثبوتها فی الأثمان،ولا بأس به . (الروحانی).
۳- ۳. بل فیه إشکال، ولا یُترک الاحتیاط . (تقی القمّی).

الأوّل(۱) .

---

۱ - ۱. بـل أقواهـا الثـانی . (الکوه کَمَری). * بـل أقواهـا الثالث فیه وفی ما یلیه . (صدرالـدین الصـدر). * فی أقوائیّته تأمّل . (الإصطهباناتی). * إذا کان الشرط انتقال الزیاده إلیهما من الشریک لا ابتداءً، وکذا لو شرط تحمّلالخساره کلّاً أو بعضاً ولو بنحو شرط النتیجه، وإلّا ففیهما تأمّل . (مهدی الشـیرازی). * محلّ تأمّل وإشکال، وکذا الکلام فی ما بعده . (أحمد الخونساری). * محلّ تأمّل وإشـکال . (البروجردی). * بل أقواها الثالث، وکـذا فی ما بعـده . (عبـدالله الشـیرازی). * لأنّ الالتزام بالربح الزائد لأحد الشـریکَین لیس التزاماً بتفاضل نسـبه الإنتاج_ الربح بالمعنی المصدریّ _ لمالِ أحدهما علی الآخر حتّی یقال بعدم صـحّته بلحـاظکونه مخالفـاً لمقتضـی قاعـده تبعیّه الربـح للمـال، بل هو تملیک علی نحو شـرط النتیجهلمقـدارٍ من الربـح الناتـج من مال أحـدهما للاخر، فهذا الشـرط التزام بالمشـروع، وهوالتملیک علی نحو المجّانیّه، ولیس بشارع، ومن هنا ظهر أنّه یصحّ جعل تمام الربحلأحـدهما أیضاً . (الفانی). * بل أقواها الثالث، حیث لم یتقیّـد المنشأ بـذاک الشـرط بنحو وحـده المطلوب، وإلّافثانیها . (المرعشی). * بل أقواها الثالث، وکذا الحال فی ما بعده . (الخوئی). * بل لا یبعد أن یکون الثالث هو الأقوی إلّا مع تقیّد الإذن بالشرط المذکور،فیکون الأقوی هو الثانی، وکذا شرط کون الخساره علی أحدهما أزید . (محمّد رضاالگلپایگانی). * فیه وفی ما بعـده تأمّل، ولکنّ الظاهر أنّ العقـد صـحیح . (حسن القمّی). * المتعیّن القول الثالث؛ فإنّ الشـرط فی الفرع المـذکور باطل؛ لکونه خلاف المقرّرالشرعیّ، لکن لا یسری فساد الشرط إلی العقد، کما حُقّق فی محلّه . (تقی القمّی).

وکذا(۱) لو شرطا کون الخساره(۲) علی أحدهما أزید؛ وذلک لعموم «المومنون عند شروطهم».

ودعوی أنّه مخالف لمقتضی العقد(۳) کما تری(۴) ، نعم، هو مخالف لمقتضی إطلاقه(۵) . والقول بأنّ جعل الزیاده لأحدهما من غیر أن یکون له

ص: ۳۸۵

۱- ۱. قد دلّ حدیث رفاعه علی الجواز بالنسبه إلی شرط الخساره . (تقی القمّی).

۲ - ۲. الأقوی فیه البطلان . (البروجردی). * اشتراط الخساره إنّما هو تعهّد بالضمان علی نحو شرط النتیجه؛ لأنّ الالتزامبالخساره إنّما هو تسبّب إلی الضمان، وهو أمر مشروع، ولا فرق بین التعهّد بالضمانعلی نحو شرط النتیجه والالتزام بأداء ما یقابل الخساره علی نحو شرط الفعل، نعم،اشتراط نشوء الخساره فی ذمّه أحدهما یکون علی خلاف وقوع الخساره علیالمال المشترک بنسبه حصّه کلٍّ من المالکین . (الفانی).

۳- ۳. وهذا لیس ببعید؛ لأنّه یرجع إلی تفکیک لوازم الشرکه عنها، ولا منافاه بین ذلکواختیار القول الثالث فی الحاشیه السابقه؛ لأنّ ترتیب آثار الشرکه غیر متوقّفٍ علیصحّه عقدها حتّی یقال ببطلانه للشرط المخالف لمقتضاه، بل یکفیه الإذن فیالتجاره بنحو الشرکه، نعم، مع تقیّد الإذن بذلک الشرط فالأقوی هو القول الثانی،کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. ولکنّه مخالف للسُنّه، ودلیل الشرط لا یکون مشرِّعاً . (عبدالله الشیرازی). * فإنّه أکلٌ بالإذن، ولیس مصداقاً له بالباطل . (المرعشی). * لکنّه من الشرط المخالف للسُنّه؛ فإنّ تملّک شخصٍ ربحَ مالِ غیره بلا سببٍشرعیٍّ مخالف لها، والشرط لا یکون مشرِّعاً لحکمٍ غیر مشروع؛ وبذلک یظهربطلان اشتراط کون تمام الربح أو الخساره من أحدهما . (الخوئی). * کما أنّ دعوی کونه مخالفاً للسُنّه أیضاً کذلک . (اللنکرانی).

۵- ۵. ولو من جهه اقتضاء العقد، أو قاعده التبعیّه ملکه فی ظرف عدم سلطنه الغیرعلی استیفائه، فالشرط حینئذٍ رافع للاقتضاء، لا أنّه مانع من تأثیر المقتضِیکی یقال بأنّ المشروط لا یقتضی شیئاً فی قبال المقتضیات فلا یصلح لمانعیّتها لها،وإلیه یرجع معنی عدم مخالفتها للسُنّه، کما لا یخفی، وتوضیحه بأزید من ذلکموکول إلی محلّه . (آقاضیاء).

عمل یکون فی مقابلتها(۱) لیس تجاره، بل هو أکل بالباطل کما تری باطل.

ودعوی: أنّ العمل بالشرط غیر(۲) لازم؛ لأنّه فی عقدٍ جائزٍ(۳) مدفوعه(۴) . . . .

۱- ۱. الجارّ فی الآیه لا یکون للمقابله، بل للسببیّه . (تقی القمّی).

۲- ۲. العمل بالشرط لازم حتّی فیما یکون فی ضمن العقد الفاسد، بل المدار صدقالشرط ولو فی ضمن الأخبار . (تقی القمّی).

۳- ۳. یمکن القول بلزوم عقد الشرکه، وإن کان لکلٍّ منهما مطالبه القسمه الرافعهلموضوعها . (الإصفهانی). * بل مدفوعه بما تقدّم منّا فی کتاب المضاربه : من أنّ تضمّن العقود الإذنیّهللشروط یوجب تقیّد الإذن بها وتکون لازمه من ذلک . (جمال الدین الگلپایگانی). * یمکن الالتزام بلزوم عقد الشرکه، غایه الأمر یکون لکلٍّ منهما مطالبه القسمهالموجبه لانتفاء موضوعها . (الإصطهباناتی). * بعد حصول الربح خارجاً یکون مملوکاً للمشروط له . (الفانی). * کون عقد الشرکه جائزاً أوّل الدعوی . (السبزواری).

۴- ۴. قد مرّ التأمّل فی لزوم الشرط فی ضمن العقد الجائز، والإشکال باشتراک الورودلیس بشیء؛ لأنّ القائل یحکم بالجواز هنا أیضاً، منتهی الأمر حکم بالصحّه، وهیغیر اللزوم، وما نقل قدس سره من عدم الخلاف وهو بالنسبه إلی الصحّه مع أنّه لو کان هناإجماع لا یضرّ بالقائل؛ فإنّ خروج موردٍ خاصٍّ بالدلیل لا یوجب القیاس بالنسبهإلی ما لا دلیل علی لزومه . (الفیروزآبادی). * بل مدفوعه، بما تقدّم منّا فی کتاب المضاربه : من أنّ تضمّن العقود الإذنیّهللشروط توجب تقیّد الإذن بها، وتکون لازمهً من ذلک . (النائینی).

أوّلاً(۱) : بأنّه مشترک الورود؛ إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به فی صوره العمل أو زیادته.

وثانیاً: بأنّ غایه الأمر جواز فسخ العقد(۲) ، فیسقط وجوب الوفاء بالشرط، والمفروض فی صوره عدم الفسخ، فما لم یفسخ یجب الوفاء به. ولیس معنی الفسخ حلّ العقد من الأوّل، بل من حینه، فیجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط إلی ذلک الحین.

هذا، ولو شرطا تمام الربح(۳) لأحدهما بطل(۴) العقد(۵) ؛ لأنّه خلاف(۶)

---

۱ - ۱. المشهور بینهم أنّ الشرط فی العقد الجائز جائز الوفاء، لکن ربّما یقال بلزوم عقدالشرکه وإن کان لکلٍّ منهما مطالبه القسمه المرافقه لموضوعها کالخیار فی البیع،فتأمّل . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. بل الشرط فقط، وإبقاء أصل العقد وإن کان یجوز فسخه أیضاً، وسیجیء منه مایویّد ذلک . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. اشتراط تمام الربح لأحدهما، وکذا تمام الخساره علی أحدهما محلّ إشکال،لکنّ الظاهر أنّ العقد صحیح . (حسن القمّی).

۴- ۴. الظاهر الصحّه . (عبدالهادی الشیرازی). * قد مرّ أنّه صحیح إذا کان علی نحو التملیک فی طول حصول الربح . (الفانی). * بل یبطل الشرط، ولا یسری بطلانه إلی العقد، کما تقدّم . (تقی القمّی). * الفرق بین هذه الصوره وبین الصوره السابقه غیر واضح . (اللنکرانی).

۵- ۵. بل صحّ . (الروحانی).

۶- ۶. فیه أیضاً تأمّل، وأشکل منه التفکیک بین الربح والخساره فی ذلک، ووجه الکلّظاهر لا یحتاج إلی بیان، والله العالم . (آقاضیاء). * یمکن أن یکون خلاف إطلاقه . (السبزواری).

مقتضاه. نعم، لو شرطا كون تمام الخساره(۱) على أحدهما فالظاهر(۲) صحّته(۳) ؛ لعدم(۴) كونه منافياً.

حكم التصرّف فى المال المشترک

(مسأله ۶) : إذا اشترطا فى ضمن العقد كون العمل من أحدهما أومنهما مع استقلال كلٍّ منهما أو مع انضمامهما فهو المتّبع، ولا يجوز

ص: ۳۸۸

۱- ۱. بمعنى لزوم تداركها من أحدهما، وإلّا فهى كالربح فى عدم الصحّه . (المرعشى).
۲- ۲. لا تخلو صحّته من الإشكال، إلّا إذا رجع إلى اشتراط أن يتحمّل الخساره منماله . (جمال الدين الگلپايگانى).
۳- ۳. لا تخلو صحّته من الإشكال إلّا إذا رجع إلى اشتراط أن يتحمّل الخساره من ماله .(النائينى). * بل فساده . (الكوه كَمَرى). * مقتضى اشتراك المالَين كون الربح والخسران عليهما، فالتفرقه بينهما لم يظهروجهها، نعم، يجوز أن يصالح أحد الشريكَين شريكه على أن يأخذ رأس مالهويكون الباقى للاخر وله الربح وعليه الخسران، وفيه أخبار خاصّه، ولا دخل له بمانحن فيه . (كاشف الغطاء). * مشكل، نعم، لو كان المشروط تحمّل الخساره من ماله فلا إشكال .(الإصطهباناتى). * بل الظاهر بطلانه . (البروجردى). * بل الظاهر بطلانه؛ لكونه منافياً لمقتضى عقد الشركه، نعم، لا مانع من اشتراطتدارک الخساره من ماله، كما تقدّم نظيره فى المضاربه، وهذا غير اشتراط كون تمامالخساره على أحدهما . (البجنوردى). * محلّ إشكال . (أحمد الخونسارى). * فيه تأمّل . (عبدالله الشيرازى). * بل الظاهر البطلان . (الشريعتمدارى).
۴- ۴. بل لكونه مستفاداً من حديث رفاعه . (تقى القمّى).

التعدّى، وإن أطلقا لم يجز لواحدٍ(۱) منهما(۲) التصرّف إلّا بإذن الآخر(۳) ، ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه، فإن كان مقيّداً(۴) بنوعٍ خاصٍّ من التجاره لم يجز التعدّى عنه، وكذا مع تعيين كيفيّةٍ خاصّه. وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفيّه، ويكون حال المأذون حال العامل فى المضاربه، فلا يجوز(۵) البيع

بالنسيئه(۶) ، بل(۷) ولا ـ الشراء بها، ولا ـ يجوز السفر بالمال، وإن تعدّى عمّا عيّن له أو عن المتعارف ضمن الخساره(۸) والتلف(۹) ،

۱- ۱. إذا كان التصرّف مفتقِراً إلى إذنٍ جديد فما الّذى يترتّب على عقد الشركه منالأثر؟ (اللنكرانى).

۲- ۲. قد مرّ أنّ المنشأ بـذلك العقد هو التعهّد والالتزام بلوازم الشركه فى التجاره، بأنيتّجرا معاً فى المال المعيّن إلى زمانٍ معيّنٍ مع شرائط معيّنةٍ من العامل والمعاملهومكانها وكيفيّتها، فإن كان العقد مشتملاً لتعيين العامل فهو، وإلّا فتحتاج المعامله منكلٍّ منهما إلى إذنٍ جديد . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- ۳. إن لم يكن نفس العقد دالّاً على الإذن عرفاً . (السبزوارى).

۴- ۴. على نحو وحده المطلوب . (المرعشى).

۵- ۵. إلّا إذا كان متعارفاً، وكذا فى ما بعده . (اللنكرانى).

۶- ۶. مع عدم التعارف، وكذا حال السفر، فالموارد مختلفه . (الخمينى). * إن كان هو وما يليه خارجَين عن المتعارف فالإطلاق فى كلامه ليس بسديد .(المرعشى).

۷- ۷. هذا إذا لم يكن النسيئه متعارفاً، أو يكون فيها الضرر، أمّا مع التعارف وعدم الضررفلا مانع منه، وكذا السفر . (حسن القمّى).

۸- ۸. أى عند عدم إجازه الشريك المعامله بطلت فى حصّته، ويرجع بعين ماله وقيمهنقصانه، أو ببدله . (عبدالله الشيرازى).

۹- ۹. لو أجاز الشريك معامله شريكه المتعدّى فلا ضمان فى الخساره، وإلّا بطلت المعامله فى حصّته، ويرجع بعين ماله، أو ببدله . (الخوئى). * إذا أجاز معامله شريكه فلا ضمان فى الخساره، وإن لم يجز يرجع بعين ماله، أوببدله . (حسن القمّى). * إن لم يجز الشريك معامله شريكه المتعدّى بطلت المعامله فى حصّته، وإن أجازلا ضمان فى الخساره . (الروحانى).

ولکن یبقی(۱) الإذن(۲) بعد التعدّی أیضاً؛ إذ لا ینافی الضمان بقاءه.

والأحوط(۳) مع إطلاق(۴) الإذن ملاحظه المصلحه، وإن کان لا یبعد کفایه عدم المفسده.

العامل أمین لا یضمن إلّا مع التفریط

(مسأله ۷) : العامل أمین، فلا یضمن التلف ما لم یُفرِّط أو یتعدّی.

الشرکه من العقود الجائزه

(مسأله ۸) : عقد الشرکه من العقود الجائزه(۵) ، فیجوز لکلٍّ من الشریکَین فسخه، لا بمعنی أن یکون الفسخ موجباً للانفساخ من الأوّل أو من حینه بحیث تبطل(۶) . . . .

۱- ۱. فیه تأمّل، بل منع، وإن قلنا به فی باب المضاربه . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. إذا لم یکن بنحو التقیید . (الکوه کَمَری). * حیث لم یکن مقیّداً بنحو وحده المطلوب . (المرعشی). * مع فرض کونه مطلقاً . (محمّد رضا الگلپایگانی). * إلّا إذا کان مقیّداً بالعدم . (اللنکرانی).

۳- ۳. لا یُترک . (أحمد الخونساری، اللنکرانی).

۴- ۴. لا یُترک إن لم یکن أقوی، إلّا مع إحراز قصد الشریک کفایه عدم المفسده . (محمّدالشیرازی).

۵- ۵. قد مرّ الکلام فیه آنفاً . (الإصفهانی). * قد تقدّم الکلام فیه . (الإصطهباناتی). * فی هذا التعبیر مسامحه . (حسن القمّی).

۶- ۶. الظاهر بطلان عقد الشرکه، وبقاء الشرکه الناشئه من الامتزاج، ففی مثل مزج آاللوز باللوز والجوز بمثله والدراهم والدنانیر بمثلهما ینفسخ العقد، ویرجع کلّ مالٍإلی صاحبه، فیتخلّص فیه بالتصالح، کما قبل العقد لو حصل الامتزاج . (الخمینی). * السبب فی الشرکه فی المال هو الامتزاج، ولا یرتفع بالفسخ والانفساخ، بلارتفاعه بالقسمه والتصالح، والّذی یرتفع بهما کلّ أثرٍ سبّبه العقد، کالإذن فیالتصرّف، وسائر الآثار المختصّه بعقد الشرکه . (المرعشی).

الشركه(۱) ؛ إذ هی(۲) باقیه(۳) ما لم تحصل(۴) القسمه، بل بمعنی جواز رجوع كلٍّ منهما عن الإذن فی التصرّف الّذی بمنزله عزل الوكیل عن الوكاله، أو بمعنی مطالبه القسمه. وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فیما لو كان كلّ

۱- ۱. الشركه فی المال لیست من آثار العقد حتّی تبطل بالانفساخ، بل هی من آثارالمزج، ولا ترتفع إلّا بالقسمه، وما جاء من قبل العقد من التعهّد بلوازم التجارهوالإذن فی التصرّف فیرتفع بانفساخ العقد . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. لمّا كان موجب الشركه فی المالَین هو امتزاجهما دون عقد الشركه فكلّ منهماأجنبیّ عن الآخر، ولیس لجواز العقد أثر فیها، ولا لعدم ارتفاعها بغیر القسمه أثر فیلزومه، وحیث إنّه لا ینشأ بعقدها سوی الإذن فی التصرّف وما یستتبعه فلا یوثّرفسخه سوی ارتفاع هذا الإذن، دون نفس الشركه . (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- ۳. لمّا كان موجب الشركه فی المالَین هو امتزاجهما دون عقد الشركه فكلّ منهماأجنبیّ عن الآخر، ولیس لجواز العقد أثر فیها، ولا لعدم ارتفاعها بغیر القسمه أثر فیلزومه، وحیث إنّه لا ینشأ بعقدها سوی الإذن فی التصرّف وما یستتبعه فلا یوثّرفسخه سوی ارتفاع هذا الإذن، دون نفس الشركه . (النائینی). * بمعنی الشركه فی النماء، الّتی هی لازم الاشتراك فی العین، لا الآثار المختصّهبالشركه المصطلحه بالمعنی الأخصّ . (صدرالدین الصدر).

۴- ۴. ما كان باقیاً هی الشركه، وهی غیر مربوطهٍ بالعقد، والعقد غیر باقٍ . (أحمدالخونساری).

منهما مأذوناً لم يجز التصرّف للاخر، ويبقى(۱) الجواز بالنسبه إلى الأوّل. وإذا رجع كلّ منهما عن إذنه لم يجز لواحدٍ منهما. وبمطالبه القسمه(۲) يجب القبول على الآخر. وإذا أوقعا الشركه على وجه(۳) يكون لأحدهما زيادةً(۴) فى الربح(۵) أو(۶) نقصاناً فى الخساره(۷) يمكن الفسخ(۸)، بمعنى إبطال(۹) هذا(۱۰) القرار(۱۱)، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبه المالين، على ما هو مقتضى إطلاق الشركه.

ص: ۳۹۲

---

۱ – ۱. كيف يجتمع الحكم بأنّ الشركه من العقود، وكون أثرها المرتفع بالفسخ هو الإذن،مع كون الفسخ مؤثّراً بالنسبه إلى المفسوخ عليه فقط، بحيث إذا رجع أحدهما كانالإذن باقياً بالإضافه إليه؟ ! (اللنكرانى).

۲ – ۲. إن كان القسمه موجباً للضرر والخسران الخارج عن العاده على الآخر، ولا يكونفى بقاء الشركه ضرر على المطالب بالقسمه يشكل وجوب القسمه . (حسن القمّى).

۳– ۳. تقدّم عدم صحّه الاشتراط بالنحو المذكور بالنسبه إلى زياده الربح . (تقى القمّى).

۴– ۴. تقدّم بطلان هذا الشرط . (الخوئى).

۵– ۵. لو لم يستشكل فى صحّتهما . (المرعشى).

۶– ۶. هذا بناءً على صحّه هذا الاشتراط، وقد تقدّم عدم صحّته وبطلانه فى المسألهالسابقه، فلا يحتاج إلى إبطال هذا القرار . (البجنوردى).

۷– ۷. إن قيل بصحّتهما، وقد مرّ . (البروجردى).

۸– ۸. بإسقاط الشرط، ويبقى أصل عقد الشركه . (الفيروزآبادى). * مع توافقهما عليه، أو كون الفسخ ممّن له الشرط . (مهدى الشيرازى). * على القول بصحّه هذا الشرط، وإطلاق الإذن فى المعامله، وقد مرّ الإشكال فيصحّه الشرط المذكور . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۹– ۹. فيحتمل حينئذٍ أن يحتاج إلى إيقاعٍ جديد، والحمد لله أوّلاً وآخِراً . (حسن القمّى).

۱۰– ۱۰. إذا لم يكن بنحو التقييد . (الكوه كَمَرى).

۱۱– ۱۱. بأن يفسخ ذلك العقد، وإلّا فمع عدم فسخه يوجب الوفاء بالشرط . (الروحانى).

تعیین الأجل فی عقد الشرکه

(مسأله ۹) : لو ذکرا فی عقد الشرکه أجلاً لا یلزم(۱) فیجوز لکلٍّ منهما الرجوع قبل انقضائه، إلّا أن یکون مشروطاً فی ضمن عقدٍ لازمٍ فیکون لازماً(۲) .

ادّعاء أحد الشریکین علی الآخر الخیانه

(مسأله ۱۰) : لو ادّعی أحدهما علی الآخر الخیانه، أو التفریط فی الحفظ فأنکر، علیه(۳) الحِلف مع عدم البیّنه.

إدّعاء العامل التلف

(مسأله ۱۱) : إذا ادّعی العامل التلف قُبِلَ قوله(۴) مع الیمین؛ لأنّه أمین.

بطلان الشرکه بالموت

(مسأله ۱۲) : تبطل الشرکه بالموت والجنون . . . .

ص: ۳۹۳

۱- ۱. کلّ ما صدق عنوان الشرط یلزم . (تقی القمّی).

۲- ۲. محلّ إشکال . (البروجردی، أحمد الخونساری). * فیه إشکال . (عبدالهادی الشیرازی). * أو عقداً جائزاً ما لم ینفسخ . (عبدالله الشیرازی). * الجائز لا ـ ینقلب إلی اللزوم بسبب الشرط، وإن کان فی عقدٍ لازم . (الفانی). * بمعنی أنّه لا تجوز مخالفه الشرط بالرجوع قبل الأجل، ولکنه إذا خالف ورجعفالظاهر أنّه یوثّر أثره (هذه التعلیقه أوردناها من نسخه اُخری منه قدس سره). (الخوئی). * تکلیفاً، لا وضعاً . (محمّد رضا الگلپایگانی). * تکلیفاً علی الأقوی، ووضعاً أیضاً علی الأحوط . (محمّد الشیرازی). * تکلیفاً، وأمّا وضعاً فیجوز الرجوع . (الروحانی). * باللزوم التکلیفیّ . (اللنکرانی).

۳- ۳. خبر مقدّم، أی یلزم الآخر الحلف . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. سواء ادّعی التلف بسبب ظاهر، أم خفی . (المرعشی).

والإغماء(۱) والحَجر بـالفَلَس أو السَـفَه(۲) ، بمعنى أنّه لا ـ يجوز للا ـخر التصـرّف، وأمّـا أصل الشـركه فهى باقيه. نعم، يبطل(۳) أيضاً(۴) ما قرّراه(۵) من زياده(۶) أحدهما(۷) فى النماء بالنسبه إلى ماله، أو نقصان الخساره كذلك.

إذا تبيّن(۸) بطلان الشركه(۹) فالمعاملات الواقعه قبله محكومه بالصـحّه(۱۰) ، ويكون الربح على نسبه المالين؛ لكفايه الإذن المفروض حصوله. نعم، لو كان مقيّداً بالصحّه(۱۱) تكون كلّها فضوليّاً بالنسبه إلى مَن

ص: ۳۹۴

۱- ۱. ليس الإغمـاء كالجنون والموت، كما مرّ منّا مكرّراً . (عبـدالله الشيـرازى). * فى الجنون الأدوارىّ والإغماء نظر . (محمّد الشيرازى).

۲- ۲. فيه إشكال، كما تقدّم . (تقى القمّى).

۳- ۳. محلّ تأمّل . (الخمينى).

۴- ۴. بناءً على بطلان الشرط الابتدائى، وإلّا فالمورد حكمه حكمه، والأقوى الصحّه .(المرعشى).

۵- ۵. تقدّم أنّ هذا الشرط فى نفسه باطل ولو كان عقد الشركه صحيحاً . (الخوئى).

۶- ۶. تقدّم بطلان شرط الزياده . (تقى القمّى).

۷- ۷. على فرض صحّته . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۸- ۸. والظـاهر أنّ الصـحيح بحسب العبـاره « وإذا » بحيث تكون الواو للاستئنـاف،والمقصود تـبيّن بطلا ـن الشـركه من رأس . (اللنكرانى).

۹- ۹. إذا تبيّن بطلان عقد الشـركه من حين وقوعه مع كون العاقد الشـريك واجداًللشـرائط فالمعاملات الواقعه قبل تبيّن البطلان محكومه بالصحّه، كما فى المتن،والظاهر أنّ المقصود من العباره هو ذلك وإن كانت قاصره . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۱۰- ۱۰. لا وجه للصحّه بعد انتفاء الإذن . (تقى القمّى).

۱۱- ۱۱. على نحو وحده المطلوب . (المرعشى).

یکون إذنه مقیّداً، ولکلٍّ منهما أُجره(۱) مثل(۲) عمله(۳) بالنسبه إلی حصّه الآخر إذا کان العمل منهما، وإن کان من أحدهما فله أُجره مثل عمله.

النزاع فی أنّه اشتری لنفسه أو بالشرکه

(مسأله ۱۳) : إذا اشتری أحدهما متاعاً وادّعی أنّه اشتراه لنفسه، وادّعی الآخر أنّه اشتراه بالشرکه فمع عدم البیّنه القول قوله مع الیمین(۴) ؛

ص: ۳۹۵

۱- ۱. إن لم یکن متبرّعاً به . (البروجردی). * محلّ إشکال . (أحمد الخونساری). * بعد فرض الفضولیّه ـ کما هو المفروض ـ لا وجه لاستحقاق الأُجره . (تقی القمّی). * لا وجه لثبوت أُجره المثل فی الفضولیّ مع عدم جعل شیء فی مقابل العمل، کماهو المفروض . (اللنکرانی).

۲- ۲. المفروض فی باب الشرکه أنّ الشریکَین إنّما یعملان لتحصیل الربح،فلا استیفاء من أحدهما لعمل الآخر، فلابدّ من القول بعدم أُجره المثلفی عملهما، نعم، إذا کان أحدهما جاهلاً بالفساد والآخر عالماً بهصحّ القول بضمان العالِم لأُجره مثل عمل الجاهل؛ لقاعده الغَرور الراجعه إلیقاعده الإتلاف . (الفانی).

۳- ۳. إذا لم یکن بعنوان التبرّع . (الإصطهباناتی). * إن لم یقصد التبرّع، نعم، لو ادّعی عدم التبرّع تُسمَع دعواه . (البجنوردی). * إن لم یقصد التبرّع . (الشریعتمداری). * لا وجه لأُجره المثل فی ما وقع فضولیّاً ولو بعد الإجازه، بل مطلقاً فیما یکون متبرّعاً به، نعم، فی ما جعلا شیئاً بإزاء العمل ولم یکن الإذن مقیّداًبالصحّه فله الأُجره المسمّاه فیما إذا کان التراضی بها غیر مقیّد، وأُجره المثلفی المقیّد بالصحّه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع عدم التبرّع والمجّانیّه . (السبزواری).

۴- ۴. أی المشتری . (الفیروزآبادی).

لأنّه(۱) أعرف بنيّته، كما أنّه كذلك لو ادّعى أنّه اشتراه بالشركه وقال الآخر :

إنّه اشتراه لنفسه فإنّه يقدّم قوله أيضاً؛ لأنّه(۲) أعرف ولأنّه أمين.

* * *

ص: ۳۹۶

۱- ۱. بل لأصاله عدم قصد الاشتراک . (تقی القمّی).

۲- ۲. بل للسیره العقلائیّه المؤیّده بقاعده « مَن مَلَکَ »(المبسوط للطوسی : ۳/۱۹ ، السرائر لابن إدریس الحلّی : ۲/۵۷ ، المغنی لابن قدامه : ۴/۴۷۴ ،کشّاف القناع للبهوتی : ۳/۵۶۷). (تقی القمّی).

كتاب المزارعه

معنى المزارعه ومشروعيّتها

وهى المعامله(۱) . . . .

ص: ۳۹۹

۱- ۱. الظاهر أنّ ما يقع فى الخارج من هـذه المعامله وما هو المتعارف منهاعلى نحوين : أحـدهما : ما يشـبه إجاره الأملاك بأن تقع المعـامله علىالأرض للزراعه بحصّهٍ من حاصـلها، فتكون الحصّه كاُجره الأرض . والثانى : ما يشـبه إجاره النفس وتقبّل بعض الأعمـال، كالخيـاطه ونحوهـا، فتقع المعـاملهبين صـاحب الأرض والزارع، بأن يزرع أرضه ويصـلحها بحصّهٍ من الحاصل،فتكون الحصّه بمنزله اُجره العمل، ولعلّ ما هو المتعارف فى الأراضـى الخراجيّهبين الحكومه وبين المتقبّلين المسمّين فى العرف الحاضر بالسِّـراكِيل (السِّراكِيل : جمـع السـركال، وهـو المتصـدّى لإداره شؤون المزارعيـن والفلّـاحين، ويتولّىالوسـاطه بيـن المزارعين والحكومه أو السوق (البائعين) ، والكلمه متـداوله غالباً عنـد أهلالعراق قـديماً، وهى مصـحّفه عن (سـركار) بالفارسـيّه، وتعنى صاحب المنصب والوظيفه، وهيخطاب عامّ للرجال أو النساء لأجل الاحترام . وانظر معجم معين الكبير (فرهنگ معين) :۵/۴۱۴۹ ، (ماده سـركار).) من النحو الأوّل، وما يقع بين المتقبّلين والفلّاحين من النحو الثانى، والغالبفى الأوّل أن يكون البذر من الزارع، وفى الثـانى من صـاحب الأـرض، ويحتملقريبـاً أن تكون داخلهً فى الإجـاره، فهى : إمّـا إجـاره للأـرض، أو تقبّلللعمـل، والحصّـه المقرّره اُجره للأرض أو العمل، وقـد دلّ الدليل على صـحّتهامع جهاله الاُجره فيها، واغتفر فى زراعه الأراضـى والإجاره المتعلّقه بها ما لميُغْتَفَر فى سائر الإجارات، ولْيَكُن هذا على ذكرٍ منك، فلعلّه يُنْتَفَع به فيبعض المسائل الآتيه . (الإصـفهانى). * المزارعه : تعاقـد بين اثنين بـأن تكون الأـرض من أحـدهما، والعمـل منالآـخر بـاشتراك بينهمـا على نحو الإشـاعه فى الحاصـل من الأرض بالزراعه،وهى تشبه إجاره العين إذا كان البذر من الزارع، وإجاره نفس الزارع إذا كانالبذر من المالك . (الفانى). * الظاهر أنّها تمليـك حصّهٍ من منافع الأرض للعامل بعوض عمله فيها، ويُغتفر فيهابعض شـرائط الإجاره؛ للأدلّه الخاصّه، ويظهر عن بعض أنّها إجارتـان : إجارهللأـرض وإجـاره للعامل، باعتبار أنّ المالك يملك على العامل العمل، والعامل يملكعليه بـذل الأرض والتخليه بينه وبينهـا، والأصـحّ أنّهـا عنوان مسـتقلّ من سـنخالمعاوضات، مسـتلزمه لتسـلّط المالـك على العامـل العمـل، وهو على المالك بالسـلطهعلى الأرض بالزراعه، سواء كان ببـذر المالك أم غيره . وإن شـئت فقل : إنّها بالمعنىالاسـمى إضافه بين العامل والأرض وبين المالـك وعمـل العامـل، مسـتلزمه لسـلطهالمالك على العمـل، وسـلطه العامـل على المنفعه الزراعيّه للأـرض، وأمّـا السـلطه علىالبذر فلمن كان مالكه قبل إنشاء المزارعه . (المرعشى). * وحقيقتها اعتبار إضافهٍ بين الأرض والعامل، مستتبعه لسلطنته عليها بالزراعهببذره أو ببذر المالك أو غيره، وإضافه اُخرى بين المالك والعامل، مسـتتبعه لسلطنتهعليه بالعمل بإزاء حصّهٍ من الحاصل أو السـلطنه على الأـرض، فعقـدها بمنزله إجارهالأرض والعامل ومال الإجاره للأرض حصّه من الزراعه إن كان البـذر من العامل معـالتزامه بالعمـل، ومجرّد العمـل إن كان البـذر من المالك، وفى إجاره العامل حصّه منالحاصل إن كان البـذر للمالك، ومنافع الأـرض إن كـان للعامـل . (محمّـد رضـا الگلپايگـانى). * المنطبقه : إمّـا على سـنخ المشاركـات العرفيّه، أو على إجاره الأرض بحصّهٍ منحاصـلها، أو استئجـار العامـل كـذلك، لكن مع الاغتفار فيها ما لم يغتفر فى الإجاره،والظاهر الاختلاف بحسب اختلاف الأـزمنه والأـمكنه، فقـد تكون من المعاوضـات،وقـد تكون من المشاركـات . (السبزوارى). * بـل هى اتّفاق بين مالك الأرض

والزارع . (مفتى الشيعه).

على الأرض(۱) بالزراعه بحصّهٍ من حاصلها(۲) ، وتُسمّی «مُخابَرَه» أیضاً،

ص: ۴۰۱

۱- ۱. هـذا من شـرح الاـسم، والظـاهر أنّ ما یقع فی الخارج من هـذه المعامله، وما هوالمتعارف منها علی نحوین : أحـدهما : ما یشبه إجـاره الأملاـک بـأن تقع المعـامله علیالأرض للزراعه بحصّهٍ من حاصـلها، فتکون الحصّه کاُجره الأرض، والثانی : مایشـبه إجاره النفس، وتقبّل بعض الأعمال، کالخیاطه ونحوها، فتقع المعامله بینصاحب الأرض والزارع بأن یزرع أرضه ویصلحها بحصّهٍ من الحاصـل، فتکونالحصّه بمنزله اُجره العمل ولعلّ ما هو المتعارف فی الأراضـی الخراجیّه بینالحکومه وبین المتقبّلین المسـلمین فی العرف الحاضـر بالکیل (هـذه التعلیقه مطابقه تماماً مع تعلیقه السیّد الإصـفهانی قـدس سره الّتی مرّت، والتفاوت بینهما هذه العباره،حیث جاءت هناک هکذا : (المسمّین فی العرف الحاضر بالسَراکِیل).) من النحو الأوّل،وما یقع بین المتقبّلین والفلّاحین من النحو الثـانی، والغـالب فی الأـوّل أن یکون البـذرمن الزارع، وفی الثـانی من صـاحب الأـرض، ویحتمل قریباً أن تکون داخلهً فیالإجـاره، فهی : إمّـا إجـاره للأـرض، أو تقبّـل العمل والحصّه المقرّره اُجرهً للأرض أوالعمل، وقـد دلّ الـدلیل علی صـحّتها مع جهـاله الاُـجره فیها، واغتُفِر فی زراعهالأراضـی والإجاره المتعلّقه بها ما لم یُغتَفَر فی سائر الإجارات، ولیکن هـذا علی ذکرمنک، فلعلّه ینتفع به فی بعض المسائل الآتیه . (عبدالله الشیرازی).

۲- ۲. هـذا من شـرح الاسم، وأمّا ماهیتها فهل هی من سـنخ المشارکات أو المعاوضات؟وعلی الثانی فهل هی تملیک حصّهٍ من منفعه الأـرض مـن الزارع بحصّـهٍ من عمله معـاشتراط کـون الحاصـل بینهمـا بنسبه الحصّـتین، حتّی تکـون من إجـاره الأـرض بالعملمطلقـاً، أو هی تملیـک تمـام منفعه الأرض من الزارع بحصّه من الحاصل فیما إذا کانالبـذر من الزارع وتملیک الزارع تمام عمله من المالـک بحصّه منه فیمـا] إذا [(أضـفناه لاقتضـاء السـیاق .) کانالبـذر من المالـک حتّی تکون تارهً من إجاره الأرض، واُخری من إجاره النفس بعینٍ معدومهٍ فعلاً غیر معلومه الوجود والکمّیّه فیما بعد؟ وجوه : أقربهما الأوّل، والتفصـیللا یسعه المقام . (البروجردی).

ولعلّها من الخُبْرَه بمعنی النصیب(۱) ، کما یظهر من مجمع البحرین(فی الحدیث النبوی: «لا بأس بالمخابره بالثُّلُث والرُّبع والخُمُس» وهی المزارعه علی نصیبمعیَّن. والخُبْره: النصیب. وقیل: هی من الخُبار: الأرض اللیِّنه. وقیل: أصل المخابره من خیبر؛لأنّ النبی صلی الله علیه و آله أقرّها فی أیدی أهلها علی النصف من محصولها، فقیل: خابَرَهم، أی عامَلَهم فیخیبر. مجمع البحرین: ۳/۲۸۲، (ماده خبر).).

ولا إشکال فی مشروعیّتها، بل یمکن دعوی استحبابها؛ لِمَا دلّ علی استحباب الزراعه بدعوی کونها أعمّ من المباشره(۲) والتسبیب(۳) .

ففی خبر الواسطیّ قال: سألت جعفر بن محمّد ۸ عن الفلّاحین؟ قال : «هم الزارعون کنوز الله فی أرضه، وما فی الأعمال شیء أحبّ إلی الله من الزراعه، وما بعث الله(۴) نبیّاً إلّا زارعاً، إلّا إدریس علیه السلام فإنّه کان خیّاطاً»(تهذیب الأحکام: ۶/۳۸۴، ح۲۵۹، الوسائل: الباب (۱۰) من أبواب مقدّمات التجاره، ح۳.).

وفی آخر عن أبی عبدالله علیه السلام: «الزارعون کنوز الأنام، یزرعون طیّباً أخرجه الله، وهم یوم القیامه أحسن الناس مقاماً، وأقربهم منزلةً، یُدعَونَ المبارَکین»(الکافی للکلینی: ۵/۲۶۱، ح۷، الوسائل: الباب (۱۰) من أبواب مقدّمات التجاره، ح۳.).

۱- ۱. أو من الخُبَاره، وهی الأرض الرَخوَه، أو من الخَبیر، وهو الإکار، أو غیرها منالوجوه المقوله أو المحتمله . (المرعشی).

۲- ۲. أو بدعوی کونها مقدّمةً للمستحبّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. أو کونها مقدّمه للزراعه الّتی هی مستحبّه؛ بناءً علی التلازم بین حکم المقدّمهوحکم ذِیها، أو لکونها مصداقاً للتعاون علی البِرّ . (المرعشی).

۴- ۴. مضمون هذه الفقره غیر مطابقٍ لِما ورد فی الأخبار والتواریخ من اشتغال أکثرالأنبیاء :. (عبدالله الشیرازی).

وفی خبر عنه علیه السلام قال: «سُئِل النبی صلی الله علیه و آله: أیّ الأعمال خیر؟ قال زرع یزرعه صاحبه، وأصلحه وأدّی حقّه یوم حصاده»، قال: فأیّ الأعمال بعد الزرع؟ قال : «رجل فی غنمٍ له قد تَبع بها مواضع القَطر، یقیم الصلاه، ویوتی الزکاه»، قال: فأیّ المال بعد الغنم خیر؟ قال: «البقر یغدو بخیر ویروح بخیر»، قال : فأیّ المال بعد البقر خیر؟ قال: «الراسیات فی الوَحَل، المُطعِمات فی المَحلّ، نعم، المال النخل، مَن باعها فإنّما ثمنه بمنزله رماد علی رأس شاهق اشتدَّت به الریح فی یوم عاصف، إلّا أن یخلف مکانها»، قیل: یا رسول الله، فأیّ المال بعد النخل خیر؟ فسکت، فقام إلیه رجل فقال له: فأین الإبل؟ قال: «فیها الشَقاء والجَفاء والعَناء، وبُعد الدار، تغدو مُدبِرهً وتَروح مُدبِره، لا یأتی خیرها إلّا من جانبها الأشأم، أما إنّها لا تعدم الأشقیاء الفجره»(الکافی: ۵/۲۶۱، أمالی الصدوق: ۴۳۱، ح۲، الوسائل: الباب (۴۸) من أبواب أحکام الدوابّبالسفر، ح۱).

وعنه علیه السلام: «الکیمیاء الأکبر الزراعه»(الکافی: ۵/۲۶۱، ح۶، الوسائل: الباب (۳) من کتاب المضاربه، ح۸، باختلاف یسیر.).

وعنه علیه السلام: «إنّ الله جعل أرزاق أنبیائه فی الزرع والضرع؛ کَی لا یکرهوا شیئاً من قَطر السماء»(الکافی: ۵/۲۶۰، ح۲، وفیه (لئلّا) بدل (کی لا) الوسائل: الباب (۳) من أبواب کتاب المضاربه، ح۲.).

وعنه علیه السلام: أنّه سأله رجل فقال له: جعلت فداک، أسمع قوماً یقولون : إنّ المزارعه مکروهه(۱) ! فقال: «ازرعوا، فلا واللهِ ما عمل الناس عملاً أحلّ

۱- ۱. ورأیت فی نسخٍ مصحّحهٍ من کتب الحدیث قد ذکرت « الزراعه » بدل « المزارعه » ،فحینئذٍ الخبر من أدلّه رجحان الزراعه، ولا مساس له بما نحن فیه . (المرعشی).

ولا أطيب منه»(تهذيب الأحكام: ۶/۳۸۴، الوسائل: الباب (۳) من أبواب كتاب المضاربه، ح۱.).

ويستفاد(۱) من هذا(۲) الخبر ما ذكرنا: من أنّ الزراعه أعمّ من المباشره(۳) والتسبيب.

وأمّا ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النبی صلی الله علیه و آله أنّه نهى عن المخابره _ قال : «وهی المزارعه بالنصف أو الثلث أو الربع»(معانی الأخبار: ۲۷۸.) _ فلابدّ من حمله على بعض المحامل؛ لعدم مقاومته لِما ذُكِر(۴) .

وفی مجمع البحرين: وما روى من أنّه صلی الله علیه و آله نهى عن المخابره كان ذلك حين تنازعوا، فنهاهم عنها(مجمع البحرين: ۳/۲۸۲، (ماده خبر).).

شرائط عقد المزارعه :

اشاره

ويُشترط فيها اُمور :

الأوّل: الإيجاب والقبول

أحدها : الإيجاب والقبول، ويكفی فيهما كلّ لفظٍ دالّ، سواء كان

ص: ۴۰۴

۱- ۱. فيه تأمّل . (محمّد رضا الگلپايگانی). * على تقدير كون الموضوع هو المزارعه ، وأمّا على تقدير كونه هی الزارعه _ كمافی محكيّ النسخ الموجوده من كتب الأخبار المعروفه _ فلا مجال لهذه الاستفاده .(اللنكرانی).

۲- ۲. لا يستفاد ذلك؛ لأنّ المذكور فی الخبر : « أسمع قوماً يقولون : إنّ الزراعهمكروهه ». (الخوئی).

۳- ۳. لكن فی النسخ الّتی عندی من الوسائل ومستدركه ومرآه العقول : « أسمع قوماًيقولون : إنّ الزراعه مكروهه » ، فيخرج عن استفاده ما ذكره . (الخمينی).

۴- ۴. الروايه ضعيفه، وتقدّم أنّه ليس فی ما ذُكر دلاله على الاستحباب . (الخوئی).

حقیقه أم مجازاً(۱) مع القرینه(۲) ، کزارعتُکَ، أو سلّمتُ إلیکَ الأرض علی أن تزرع علی کذا.

ولا یُعتَبر فیهما العربیّه، ولا الماضویّه، فیکفی الفارسیّ وغیره والأمر _ کقوله: إزرع هذه الأرض(۳) علی کذا _ أو المستقبل، أو الجمله الاسمیّه مع قصد الإنشاء بها.

وکذا لا یُعتبر تقدیم الإیجاب(۴) علی القبول، ویصحّ الإیجاب من کلٍّ من المالک والزارع، بل یکفی(۵) القبول الفعلیّ(۶) بعد الإیجاب القولیّ علی

۱- ۱. بشرط کونها موجبهً لظهور الکلام . (البجنوردی).

۲- ۲. بشرط کونه حافّاً بالکلام علی وجهٍ یحدث له ظهور فی عقدها، کما هو الشأنفی جمیع العقود اللازمه، ولقد فصّلنا الکلام فیه فی کتاب البیع، فراجع . (آقاضیاء). * علی نحوٍ یکون ظاهراً فی المطلوب . (الإصطهباناتی). * بشرط أن یکون ظاهراً . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. فی کفایه الأمر فی إنشاء المعامله إشکال . (الکوه کَمَری).

۴- ۴. الأحوط اعتبار تقدیم الإیجاب مع القبول القولیّ . (مهدی الشیرازی).

۵- ۵. وکذا فی الإیجاب . (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال . (اللنکرانی).

۶- ۶. فی کفایه ذلک فی لزومه نظر . (آقاضیاء). * لا یکفی ذلک فی المعامله . (الکوه کَمَری). * الأحوط اعتبار کلّ ما یعتبر فی العقود اللازمه من العربیّه والماضویّه وغیرهما،أمّا بالمعاطاه فلا تلزم حتّی بعد الشروع بالعمل، ولا تلزم إلّا بالعقد الجامع للشرائط .(کاشف الغطاء). * مع الظهور العرفیّ فیه وفی ما ذکره قدس سره قبله . (المرعشی). * الأحوط عدم الاکتفاء به . (محمّد رضا الگلپایگانی).

الأقوى، وتجرى(۱) فيها المعاطاه(۲) وإن كانت لا تلزم(۳) إلّا(۴) بالشروع فى العمل.

الثانى: الشرائط العامه من البلوغ والعقل وغيرهما

الثانی : البلوغ(۵) . . . .

ص: ۴۰۶

۱- ۱. يعنى تسليم الأرض بعد تعيين ما يلزم تعيينه . (جمال الدين الگلپايگانى).

۲- ۲. يعنى تسليم الأرض بعد تعيين ما يلزم تعيينه . (النائينى). * فيه إشكال . (الإصفهانى). * المتحقّقه بتسليم الأرض بعد تعيين ما يجب تعيينه . (الإصطهباناتى). * بعد المقاوله . (عبدالله الشيرازى). * بإعطاء المالك الأرض للعامل، وأخذ العامل إيّاها . (المرعشى).

۳- ۳. حال المعاطاه حال العقد بالصيغه فى اللزوم والجواز ظاهراً، كما مرّ . (الخمينى). * فيه إشكال، واللزوم غير بعيد . (الخوئى). * فيه تأمّل، والأقوى لزوم المعاطاه فى العقود، والاتّفاق المدّعى فى اشتراطاللزوم باللفظ لو سُلِّم فليس بإجماعٍ مصطلح، بل استند فى إثبات الدعويإلى وجوه . (المرعشى). * اللزوم ليس بعيداً . (محمّد الشيرازى). * على ما اُدّعىَ الإجماع عليه، ولا يثبت، والأظهر لزومها قبل الشروع فى العملأيضاً . (حسن القمّى). * بل الظاهر هو اللزوم . (الروحانى). * وهو محلّ تأمّل . (مفتى الشيعه). * اللزوم فى المعاطاه لا يتوقّف على شىء، بل هى كالعقد بالصيغه، نعم، قد يكونأصل تحقّقها متوقّفاً على الشروع فى العمل، كما فى إجاره الحرّ نفسه، وكما هنا بناءًعلى صدور الإيجاب من الزارع . (اللنكرانى).

۴- ۴. فيه إشكال . (عبدالله الشيرازى).

۵- ۵. يكفى إشراف الولىّ . (الفانى).

والعقل والاختيار، وعدم الحَجر لِسَـفَهٍ أو(۱) فَلَس(۲) ، ومالكيه التصـرّف فی کلٍّ من المالک والزارع. نعم، لا یقـدح(۳) حینئذٍ فَلَس الزارع(۴) إذا لم یکن منه مال؛ لأنّه لیس تصرّفاً مالیّاً(۵) .

الثالث: أن یکون النماء مشترکاً بینهما

الثالث : أن یکون النماء مشترکاً بینهما، فلو جعل الکلّ لأحدهما لم یصحّ مزارعه(۶) .

الرابع: أن یکون مشاعاً بینهما

الرابع : أن یکون مشاعـاً بینهما، فلو شَـرَطا اختصاص أحـدهما بنوعٍ کالّـذی حصل أوّلاً والآخر بنوع آخر، أو شَـرَطا أن یکون ما حصل من هذه القطعه من الأرض لأحدهما وما حصل من القطعه الاُخری للاخر لم یصحّ.

الخامس: تعیین الحصّه

الخامس : تعیین الحصّه بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلک، فلو قال: ازرَعْ هذه الأرضَ علی أن یکون لک أو لِی شیء من حاصلها بطل.

السادس: تعیین المدّه

السادس : تعیین المدّه(۷) بالأشهر(۸) والسنین، فلو أطلق بطل، نعم، لو

۱- ۱. اعتبار عدم السَفَه فی الزارع مبنیّ علی الاحتیاط . (حسن القمّی).

۲- ۲. فیما إذا استلزم التصرّف المالیّ مطلقاً . (السبزواری).

۳- ۳. وکذا سَفَهه فی هذه الصوره . (اللنکرانی).

۴- ۴. وسَفَهه . (صدرالدین الصدر). * فیه تأمّل . (مفتی الشیعه)

۵- ۵. هذا إذا لم یکن البذر من العامل، ولم یکن الزرع محتاجاً إلی صرف المال، ولکنّالأحوط مع ذلک الاستئذان من الغرماء . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- ۶. لکن تَحتَمل صحّتُه معاملهً جدیدهً مشمولهً لقوله تعالی : (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ونحوه،وکذا الکلام فی الشرط الخامس ونحوه . (محمّد الشیرازی).

۷- ۷. وتعیین کون الزرع فی السـنه مرّهً أو مرّتین إذا کان قابلاً للتعـدّد . (مهدی الشـیرازی). * وتعیین عدد الزرع فی السنه إذا کان قابلاً للتعدّد . (حسن القمّی).

۸- ۸. بما یرفع الغَرر عرفاً بنظر الزرّاعین . (صدرالدین الصدر).

عيّن المزروع(۱) أو مبدأ الشروع(۲) فی الزرع لا ـ يبعد صحّته(۳) إذا لم يستلزم(۴) غَرراً(۵) ، بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع(۶) أيضاً(۷) إذا كانت الأرض ممّا لا يُزرَع فی السنه إلّا مرّه(۸) لكن مع(۹) تعيين السَنَه(۱۰) ؛ لعدم

۱- ۱. مع تعيّن مبدئه ومنتهاه بحسب العاده . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- ۲. مع تعيّن منتهاه بحسب العاده . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- ۳. فيه بُعد . (الكوه كَمَری).

۴- ۴. بأن كان متعيّناً بحسب العاده، وكذا فی الفرض الآتی . (اللنكرانی).

۵- ۵. بأن يكون بحسب المتعارف أمد الزرع معلوماً، وإلّا فيشكل إلحاقها لها ببابالإجاره المعتبر فيها العلم فی الزائد عمّا كان جهلُه لازمَ طبعِ عقدِ المزارعه، وهوالشأن أيضاً فی نظائرها من عقد المضاربه والمساقاه . (آقاضياء). * نعم، ولكنّه مستلزم له فی العاده . (البروجردی). * أی إذا لم يستلزم غَرراً زائداً عمّا هو مقتضی طبع المزارعه؛ فإنّ فی المزارعهمقداراً من الجهاله موجود لا ـ محاله، لاختلاف الزرع فی البلوغ باختلاف الأهويهوالعوارض الاُخر فی السنين المختلفه . (البجنوردی). * فيه إشكال . (الخمينی). * لكنّ الظاهر استلزامه له عادهً فلا يصحّ . (الروحانی).

۶- ۶. محلّ تأمّل وإشكال . (الإصطهباناتی).

۷- ۷. فيه إشكال . (الإصفهانی).

۸- ۸. فی وقتٍ معيّن . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۹- ۹. بل لو لم يعيّن عدد السنوات، وكان بناء المزارعه بحسب العادهالجاريه سنهً فسنهً، وكان الأمد الّذی يدرك به الزرع مضبوطاً بحسب العادهفالأظهر الصحّه . (جمال الدين الگلپايگانی).

۱۰- ۱۰. بل لو لم يعيّن عدد السنين، وكان بناء المزارعه بحسب العاده الجاريه سنهً فسنهً،وكان الأمد الّذی يدرك به الزرع مضبوطاً بحسب العاده فالأظهر الصحّه . (النائينی).

الغَرر فيه(۱) ، ولاـ دليـل على اعتبار التعيين تعبّداً، والقـدر المسلّم من الإجماع على تعيينها غير هـذه الصوره، وفى صوره تعيين المدّه لابدّ وأن تكون بمقدارٍ يبلغ فيه الزرع، فلا تكفى المدّه القليله الّتى تقصر عن إدراك النماء.

السابع: قابليّه الأرض للزرع ولو بالعلاج

السـابع : أن تكون الأـرض قـابلهً للزرع ولو بالعلاج، فلو كانت سَـبخهً لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يسـتولى عليها الماء قبل أوان إدراك الحاصـل، أو نحو ذلک، أو لم يكن هناک ماء للزراعه ولم يمكن تحصـيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلک، ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل.

الثامن: تعيين المزروع

الثـامن : تعيين المزروع من الحنطه والشـعير وغيرهمـا مع اختلاـف الأـغراض فيه فمع عـدمه يبطل، إلّا أن يكون هناک انصـراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم، وحينئذٍ فيتخيّر الزارع بين أنواعه.

التاسع: تعيين الأرض ومقدارها

التـاسع : تعيين الأـرض ومقـدارها، فلـو لم يُعيّنهـا بأنّهـا هـذه القطعه أو تلـک القطعه، أو من هـذه المزرعه، أو تلـک، أو لم يعيّن مقدارها بطل مع اختلافها، بحيث يلزم الغرر، نعم، مع عدم لزومه لا يبعد الصـحّه، كأن يقول: «مقدار جريبٍ(۲) من هذه القطعه» من الأرض الّتى لا اختلاف بين أجزائها، أو «أىّ مقدارٍ(۳)

۱- ۱. المدار على إقدام المتعارف عليه، ومع الشکّ فيه تشكل الصحّه، وكذا فى ما يأتيمن نظائر هذا الفرع . (السبزوارى).

۲- ۲. إذا كان بنحو الكلّىّ فى المعيّن لا إشكال فيه . (الإصفهانى، أحمد الخونسارى).

۳- ۳. فيه إشـكال، بل منع . (عبدالله الشـيرازى). * ليس المراد هذا العنوان بإجماله بل المراد أىّ مقدارٍ معيّنٍ شئت بنحو الكلّىّ فيـالمعيّن من الأـرض الكـذائيه . (الخمينى). * ليس المراد هـو هـذا العنـوان الملاـزم للجهـل بالمقـدار، بـل المراد هو المقـدار المعيّنبنحو الكلّىّ فى المعيّن، والفرق بينه وبين مـا قبله مع اشتراكهمـا فى ذلـک هو : أنّالتعيين فى الأوّل بيـد المالک، وفى الثانى بيد الزارع . (اللنكرانى).

شئت(۱) منها(۲)».

ولا یعتبر کونها شخصیّه، فلو عیّن کلّیّاً(۳) موصوفاً علی وجه یرتفع الغرر فالظاهر صحّته(۴)، وحینئذٍ یتخیّر المالک فی تعیینه.

العاشر: تعیین المصارف کالبذر وغیره وکونه علی أیّهما

العاشر : تعیین کون . . . .

ص: ۴۱۰

۱- ۱. فیه إشکال . (الکوه کَمَری). * الظاهر عدم صحّه؛ مثل ذلک لاستلزامه عدم ملک المنفعه بنفس العقد، بل بهوبالمشیّه (کذا فی نسخه الأصل). (مهدی الشیرازی).

۲- ۲. ویکون حینئذٍ من تقدیم القبول علی الإیجاب، فلابدّ من رضا المالک بما اختارهالزارع من الأرض؛ لصدق المعاقده علی ذلک . (الفانی). * فیه إشکال . (الفیروزآبادی، عبدالهادی الشیرازی). * مشکل . (محمّد رضا الگلپایگانی). * علی تأمّل فیه . (محمّد الشیرازی). * فیه إشکال؛ للزوم الغَرر . (الروحانی).

۳- ۳. إذا کان کلّیّاً فی المعیّن، وأمّا غیره ففیه إشکال . (الإصطهباناتی). * فی المعیَّن، وغیره محلّ إشکال . (المرعشی).

۴- ۴. بل الظاهر بطلانه إذا لم یکن کلّیّاً فی المعیّن، بل صحّته فیه أیضاً محلّ تأمّل .(البروجردی). * إذا کان بنحو الکلّیّ فی المعیّن فلا بأس، وإلّا ففیه إشکال . (البجنوردی).

البذر(۱) علی أیٍّ منهما، وکذا سائر المصارف واللوازم إذا لم یکن هناک

انصراف مُغنٍ عنه ولو بسبب التعارف(۲) .

عدم اشتراط کون الأرض ملکاً للمزارع

(مسأله ۱) : لا- یشترط فی المزارعه کون الأرض ملکاً للمزارع، بل یکفی کونه مسلَّطَاً علیها بوجهٍ من الوجوه(۳) ، کأن یکون مالکاً لمنفعتها بالإجاره(۴) ، أو الوصیّه(۵) ، . . . .

۱- ۱. مقتضی صحیح یعقوب بن شعیب (الوسائل : الباب (۱۰) من أبواب بیع الثمار، ح ۵.): أن تکون الأرض للمالک، والنفقه کلّها علیالعامل، وخبر الکوفی (المستدرک للنیسابوری : ۲/۴۱ ، السنن الکبری للبیهقی : ۶/۱۳۳ ، والکوفی هو : (بکیر بن عامرالبجلی الکوفی) ، الموجود اسمه فی هذه الروایه .) ضعیف سنداً، ولا تصریح فیه بأنّها مزارعه، فإن قامالإجماع علی صحّه کون البذر وسائر النفقات علی المالک أو علیهما فلابدّ منالتعیین . (حسن القمّی).

۲- ۲. المعلوم عند الطرفین . (مهدی الشیرازی).

۳- ۳. أی المفیده لملک المنفعه . (اللنکرانی).

۴- ۴. مع فرض التعمیم من حیث مباشره الغیر أیضاً، وکذا فی الفرع الآتی . (آقاضیاء). * مع فرض التعمیم من حیث مباشره نفسه أو غیره، وکذا الحال فی قوله بعد ذلک :« إذا أخذها بعنوان المزارعه ». (الإصطهباناتی). * مع عدم الاشتراط فیها بانتفاعه مباشره . (الخمینی). * مع عدم قید المباشره بالزراعه فی عقد الإجاره . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع عدم اعتبار المباشره قیداً فی استیفاء المنفعه فی نظائرها من موارد ملکالمنفعه فقط، ولو کان اعتبار المباشره بنحو الشرط فللمالک الخیار . (السبزواری). * مع عدم اشتراط المباشره فیها . (اللنکرانی).

۵- ۵. الجواز فی الإجاره وما یلیها فی صوره التعمیم، وعدم اشتراط المباشره . (المرعشی).

أو الوقف(۱) علیه، أو مسلّطاً علیها بالتولیه، کمتولّی الوقف العامّ أو الخاصّ

والوصیّ، أو کان له حقّ اختصاصٍ بها بمثل التحجیر(۲) والسبق(۳)

ص: ۴۱۲

۱- ۱. فیه مسامحه واضحه؛ فإنّه فی الوقف تکون الأرض ملکاً للموقوف علیه، وبتبعهایکون مالکاً (کذا فی أصل النسخه .) للمنفعه، بخلاف الإجاره والوصیّه بالمنفعه . (اللنکرانی).

۲- ۲. الظاهر عدم کفایه مثل حقّ التحجیر والسبق فی صحّه المزارعه، نعم، لو کانتالأرض زراعیّهً وله حقّ اختصاصٍ بها من جهه تقبّلها من السلطان مثلاً ـ لا ـ إشکالفی جواز مزارعتها . (الإصفهانی). * وتتمّ مالکیّه مَن له هذا الحقّ بمثل هذه المزارعه . (الإصطهباناتی). * لا یکفی التحجیر فی صحّتها؛ إذ التحجیر یفید أولویّته بإحیائها،وعدم جواز مزاحمته فیه، لا اختصاصه بمنافعها حتّی لا یجوز لغیره التصرّففیها إلّا بإذنه . (البروجردی). * لا یکفی ظاهراً حقّ التحجیر فی صحّتها، وکذا السبق للإحیاء، نعم، لا إشکالفیما إذا سبق فأحیاها . (الخمینی). * التحجیر غیر کافٍ فی صحّه المزارعه، ومنتهی ما یترتّب علیه أولویّه المُحجِر ـ بالکسر ـ بالنسبه إلی غیره، لا ـ استیلاؤه علی المُحجَر ـ بالفتح ـ بحیث یجوز لهنقل منافع تلک الأرض إلی الغیر بالمزارعه وغیرها . (المرعشی). * فی کفایه التحجیر ونحوه لصحّه المزارعه إشکال، بل منع؛ لأنّهموجب لأولویّته بالإحیاء، لا للتسلّط علی نقل المنافع إلی الغیر ولوبالمزارعه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * فی الاکتفاء بالتحجیر ونحوه نظر وإشکال، وکذا فی جواز استعاره الأرضللمزارعه . (اللنکرانی).

۳- ۳. الأظهر عدم کفایه مجرّد التحجیر والسبق فی صحّتها . (مهدی الشیرازی). * والتحجیر وإن کان لا یوجب ملکیّه العین ولا اختصاصاً بالمنافع إلّا أنّه تکفیالأولویّه فی صحّه المزارعه، ولا ـ دلیل علی اعتبار الملکیّه فیها، وتتمّ ملکیّه ذیالحقّ بمثل هذه المزارعه . (الشریعتمداری).

ونحو(۱) ذلك(۲) ، أو كان مالكاً للانتفاع بها، كما إذا أخذها بعنوان المزارعه فزارع غيره أو شارك غيره، بل يجوز أن يستعير(۳) الأرض(۴) للمزارعه، نعم. لو لم يكن له فيها حقٌّ أصلاً لم يصحّ مزارعتها.

فلا يجوز المزارعه فى الأرض الموات(۵) مع عدم تحجيرٍ أو سبقٍ أو نحو ذلك، فإنّ المزارع والعامل فيها سواء. نعم، يصحّ الشركه(۶) فى زراعتها

ص: ۴۱۳

۱- ۱. وتتمّ مالكيّه مَن له حقّ السبق والتحجير بهذه المزارعه . (جمال الدين الگلپايگانى).

۲- ۲. وتتمّ مالكيّه مَن له حقّ السبق والتحجير بهذه المزارعه . (النائينى).

۳- ۳. قد تقدّم أنّ الصحّه مشروطه بعدم اشتراط المباشره . (المرعشى).

۴ - ۴. على تأمّل فيه . (الكوه كَمَرى، الروحانى). * المزارعه فى الأرض المستعاره تكون من الجمع بين المتنافيين؛ إذ المزارعهلازمه، والاستعاره جائزه، فمزارعه الأرض المستعاره غَرريّه لا محاله، ولا نقولبصحّتها . (الفانى). * جواز استعاره الأرض للمزارعه محلّ منع؛ لأنّ المُستَعِير يملك الانتفاعمن غير تسلّطٍ على المُعِير، ولا يملك التمليك عليه، ولا إيجاد حقّ الزراعهللغير عليه، ولو فعل ذلك يكون فضوليّاً موقوفاً على إجازه المالك، ولو زارعلنفسه يكون كالفضوليّ لنفسه . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- ۵. لا مانع من إجراء عقد المزارعه مع شخصٍ فضلاً عن استئجاره على أن يدفع لهالمصارف من بذره وغيره، ويكون له حصّه معيّنه فى العائد، ولكنّ الأحوط مع ذلكالاستئذان من حاكم الشرع، ويكون عقد مزارعهٍ بمعناها المصطلح عليه .(كاشف الغطاء).

۶- ۶. الأولى أن يقال : يُحكَم بالشركه فى الحاصل مع الشركه فى البذر؛ لأنّ الشركه آ حينئذٍ ليست مستندةً إلى العقد حتّى يحكم عليها بالصحّه . (محمّد رضا الگلپايگانى).

مع اشتراک البـذر، أو بإجاره أحدهما نفسه للاخر فی مقابل البذر(۱) ، أو نحو ذلک، لکنّه لیس حینئذٍ من المزارعه المصـطلحه، ولعلّ هذا مراد الشـهید(۲) فی المسالـک(مسالـک الأفهام: ۵/۸، ۶۷.) من عـدم جواز المزارعه فی الأراضـی الخراجیّه الّتی هی للمسـلمین قـاطبه، إلّـا مع الاـشتراک فی البـذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فیمـا إذا لم یکن للمزارع جهه اختصـاصٍ بهـا، وإلّا فلا إشکال فی جوازها بعد الإجازه من السلطان، کما یدلّ علیه جمله من الأخبار(الوسائل: الباب (۲۱) من أبواب عقد البیع وشروطه، ح۹، ۱۰ والباب (۱۷) من أبواب کتابالمزارعه والمساقاه، ح۱ وح۲.).

الإذن بزراعه أرضٍ علی حصّهٍ من الحاصل منها

(مسأله ۲) : إذا أذِن لشخصٍ(۳) فی زرع أرضه علی أن یکون الحاصل

ص: ۴۱۴

۱- ۱. أی فی مقابل حصّه منه حتّی یشترکا فیه . (مهدی الشیرازی).

۲- ۲. لکنّه خلاف الظاهر من کلامه، فراجع . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. لم ینکشف المراد من هـذه العباره؛ لأنّ إذن المالک إذا کان إنشاء السـلطنه علیالزراعه فی أرضه للزارع مع اشتراکهما فی الحاصل فهو مضافاً إلی قبول الزارعمزارعهٌ قطعاً، وإذا کان إذناً باستیفاء منفعه الأرض بالضـمان المسـمّی ــ وأعنی السهمالمشاع من الحاصل ــ فهو استیفاء بالعوض، نظیر قوله : « اسـکن فی الدار واعطِ لکلّلیلهٍ درهماً » ، ولا یکون من الجعاله إلّا إذا کان إذنه فی الزرع فی أرضه استدعاءً منهلعمل الزارع بعوضٍ مسمّیً فی طول العمل، فیکون استیفاء عملٍ بالضمان،والإشکال فی القسمَین : أنّ المزارعه من العقود اللازمه، واستیفاء المنفعه أو العملبالعوض لا یکون لازماً، فالأحوط لو لم یکن أقوی إنشاء المزارعه علی النحوالمعهود . (الفـانی). * إذا کان مالک الأرض قاصـداً بـذلک إنشاء عقـد المزارعه صـحّ، ولزم بقبول الزارعولو قبولاً فعلیّاً، وأمّا إذا کان قاصداً مجرّد الإباحه لم یصحّ بعنوان المزارعه، وبذلکیظهر الحال فی الفروض الآتیه . (الخوئی).

بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحّته(۱) ، وإن لم يكن

ص: ۴۱۵

۱- ۱. بالمراضاه، لا بعنوان المعامله . (الكوه كَمَرى). * مع ظهور الإذن المـذكور فى إراده المزارعه، كما أنّه ليس ببعيـد، وأمّا مع عـدمهفمع عـدم كون البذر من المالك يشـكل كونه من الجعاله المعهوده الّتى هى جعل شـىءٍمن ماله على نفسه لغيره بإزاء عمله، لا جعل شـىءٍ على غيره لنفسه، إلّا أن يتمسّكللصـحّه بالعمومات . (الإصـطهباناتى). * بمعنى أنّه ليس من الأكل بالباطل، وكـذا الفروض التاليه، لكن لو ماتأو عـدل أحدهما أو كلاهما لا يمكن إتمامها على قواعد المزارعهوالجعاله والإجاره . (مهدى الشيرازى). * فى هـذه الفروع وأمثالهـا إشـكال، وإن كـانت صـحّتها غير بعيـده . (عبـدالهادى الشـيرازى). * صـحّته فى غـايه الإشـكال؛ فإنّ مرجعه إلى جعل شـىءٍ على الزارع لنفسـهمن دون أن يستحقّ الزارع عليه إحداث الزرع فى أرضه، ولا إبقاءه إلى أوانبلوغه، وهذا من أعظم الغَرر . (البروجردى). * إن لم يكن من المزارعه فصـحّته محلّ تأمّل وإشكال، لكنّ كونه منها ــ كما فيالمتن ــ غير بعيـد، وكـذا لو أذن عامّاً، وليس ذلک من الجعاله ولا نظيرها، وكـذا الإذنفى الخان والحمّام غير شبيهٍ بالجعاله، بل الظاهر أنّه إباحه بالعوض، أو إذنبالإتلاف مضـموناً، وبعضـها إجاره باطلهً؛ ولهذا يشـكل استحقاقه للزياده عن اُجرهالمثل، ونظائر المسـأله محـلّ إشـكالٍ تحتـاج إلى التأمّـل . (الخمينى). * ويمكن جعله من بـاب الإباحه بالعوض، أو الإذن للاستيفاء بالعوض، وتنظيرهبالجعـاله لكونهـا إيقاعـاً؛ ولأنّهـا جعـل شـىءٍ على نفس الجاعـل لغيره العامل وغيرهمامن الفوارق فى غير محلّه، كما أنّ احتمال كونه من المزارعه بعيـد أيضاً، وعلى أيّتقـديرٍ فهو محلّ إشـكال . (المرعشـى). * العمومات لا تشـمل هذه الموارد الّتى يكون التمليک والتملّک متعلّقاً بأمرٍ معـدومٍمحال العقد . (الخوئى). * بمعنى أنّ ذلک الإذن المقيّد مع تقبّل العامل موجب لنقل حصّهٍ من الحاصـل إليالآـخر، ولعـلّ ذاک من قبيـل الإـذن بالاستيفـاء، أو بالإتلاف بعوضٍ معيّن، المتـداول بينالناس فى كثيرٍ من الموارد، كما فى دخول الحمّام، وأكل الطعام من الطبّاخ، وشـربالشاى، والبيتوته فى الخانات والمنازل المعدّه لذلک، ولا بُعد فى الالتزام بتأثير الإذنالمـذكور مع تقبّل المتلِف، أو المسـتوفِى فى اشـتغال ذمّته بالمسـمّى بالإتلاف أوالاستيفاء، فيكون نظير الجعاله فى أنّ الإـذن فى العمـل مع تقبّـِل جعـلٍ مخصوصٍـ موجب لاشـتغال ذمّـه الآـذن بمـا جعـل على نفسـه، والظـاهر أنّـه المراد من العبارهوالمقصود من تنظيره بالجعاله . (محمّد رضا الگلپايگانى).

من المزارعه المصطلحه(۱) ، بل لا یبعد(۲) کونه منها أیضاً(۳) ، وکذا لو أذِن لکلّ

---

۱ - ۱. إن کان المراد من عدم کونها من المزارعه المصطلحه عدم ترتّب آثارها علیه،کاستحقاق الزارع إحداث الزرع فیها وإبقاءَها إلی أوان بلوغها فدعوی الصحّهممنوعه بعد کونه غَرریّاً محضاً . وإن کان المراد منه عدم کونها من مصادیقها، وإنترتّب علیها أحکامها وآثارها فدعوی عدم کونها کذلک ممنوعه بعد عدم اعتبارلفظٍ خاصٍّ فی إیجاب المزارعه، وعدم تقوّمها بإنشائها بهذا العنوان . (اللنکرانی).

۲- ۲. فیه تأمّل لولا ظهور لفظه فیه بضمّ قبول غیره ولو بالفعل . (آقاضیاء).

۳- ۳. بدعوی أنّ المزارعه المتداوله بین الناس قد تکون بإنشاء المزارعهبقول : زارعتک، وقد تکون بالإذن فی الزراعه هکذا، فیشمله قوله علیه السلام :« لا بأس بالمزارعه بالثلث والربع والخمس »(الکافی : ۵/۲۶۷ ، ح ۳ ، دعائم الإسلام للمغربی : ۲/۷۲ ، ح ۱۹۹ ، الوسائل : الباب (۸) من أبوابکتاب المزارعه، ح ۳ ، المصنّف لابن أبی شیبه الکوفی : ۵/۱۴۴ ، رقم ۱۲.) ، هذا إذا لم یکن الإذن المذکور ظاهراً فی إنشاء المزارعه، وإلّا فیدخل فی ما ذکره سابقاً من کون الإیجاب باللفظ والقبول بالفعل . (محمّد رضا الگلپایگانی).

مَن يتصدّى للزرع وإن لم يعيّن شخصاً. وكذا لو قال: «كلّ من زرع أرضى هذه، أو مقداراً من المزرعه الفلانيّه فلى نصف حاصله(۱) أو ثلثه» مثلاً فأقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجُعاله(۲)، فهو كما

۱- ۱. ويدلّ بالملازمه على كون البقيّه للزارع، فيكون من الجعاله المعهوده بالملازمه .(السبزوارى).

۲ - ۲. الظاهر أن يكون جميع ذلك من المزارعه الصحيحه، ويكون أجنبيّاً عن الجعاله،وإلّا اتّجه بطلانه، وكذا مثال الخان والحمّام أيضاً أجنبىّ عن الجعاله، وإنّما هو منباب الإباحه بالعِوض . نعم، لو زاد ما عيّنه المالك عن اُجره المثل ففى لزوم تلكالزياده بالبيتوته فى الخان ودخول الحمّام إشكال . (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * بل هى إجازه فاقده لبعض شرائطها . (صدرالدين الصدر). * بل هو عكس الجعاله؛ فإنّها جعل شىءٍ على نفسه لغيره على فرض وقوع عملٍمن الغير، نعم، إن كان البذر من المالك كان نظير الجُعاله المجهول جعلها وجوداًوكمّيهً . (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * لا ربط له بالجعاله، بل هو قسم من المزارعه مثل سابقته، ولا يصحّ تنظيره بمثلقوله : من بات فى خانى أو دارى فعليه فى كلّ ليلهٍ درهم، أو : من دخل حمّامى فعليهفى كلّ مرّهٍ ورقه؛ لأنّ هذه الأمثله كلّها من قبيل الإباحه بالعوض، أو الإذن فيالإتلاف بالضمان المسمّى، كما فى ماء الحمّام وليست هذه الأمثله معامله عقلائيّهغير المعاملات المعهوده حتّى يتمسّك لصحّته بالعمومات . (البجنوردى). * والعمل المجعول فى مقابله الحصّه هنا تسليم الأرض للزارع من طرفالمالك، فلا يقال : إنّه عكس الجعاله؛ فإنّها جعل شىء على نفسه لغيره فيمقابل عمل ذلك الغير . (الشريعتمدارى). * إن كان البذر من المالك فهو جعاله لا نظيرها، بأن يقول مثلاً : كلّ مَن زرع فلهنصف حاصله . (حسن القمّى). * لو لم يكن ذلك من المزارعه المصطلحه فهو من الإباحه بالعوض، كما فى مثالالحمّام والخان . (الروحانى). * كونه نظيراً للجعاله ممنوع، بل هو عكسها؛ فإنّها جعل شىءٍ على نفسه لغيرهعلى فرض وقوع عملٍ منه، وهنا جَعَلَ شيئاً لنفسه على غيره على تقديروقوع العمل من الغير، نعم، فيما إذا كان البذر من المالك تصحّ الجعاله، بأن يقول :« مَن زرع هذا البذر فى أرضى فله نصف الحاصل » مثلاً بناءً على صحّه الجعالهالمجهول جعلها وجوداً وكميّهً، ومن هنا انقدح عدم كون الأمثله أيضاً من مصاديقالجعاله، بل بعضها إباحه بالعوض، أو إذن بالإتلاف بالعوض، ومع ذلك فالصحّهفيها محلّ تأمّل وإشكال . (اللنكرانى).

لو قال(۱) : «كلُّ مَن بات فی خانی(الخان: مكان مبیت المسافرین، والحانوت مكان البیع والشراء. والخان للسبیل، وهو الفندق،والجمع: الفنادق، والفندق: الخان، فارسی، حكاه سیبویه، والخان: الحانوت، أو صاحبالحانوت، فارسی معرّب، وقیل: الخان الّذی للتجّار. انظر: فقه اللغه وسرّ العربیّه للثعالبی: ۲۶۲،ولسان العرب: ۴/۲۵۴، (ماده خَوَن) و۱۰/۳۳۴، ومجمع البحرین: ۵/۲۲۹ (ماده فندق).) أو داری فعلیه فی كلّ لیلهٍ درهم، أو كلّ مَن دخل حمّامی(۲) فعلیه فی كلّ مرّهٍ ورقه» فإنّ الظاهر صحّته؛ للعمومات؛ إذ هو نوع(۳) من المعاملات العقلائیّه، ولا نُسلِّم

۱- ۱. إن لم نقل إنّ هذه الموارد إباحه بعِوض، كما هو غیر بعید . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. وفی الروایه إنّما اخذ الجعل لدخول الحمّام لا للثوب، وقد مرّ فی الإجاره . (محمّدرضا الگلپایگانی).

۳- ۳. ویمكن إدراج جمیع ذلك فی الإذن بالإتلاف بالضمان بمقدارٍ مخصوص، وإلّافالعقد القائم بأمرٍ مردّدٍ أو بشخصٍ مردّدٍ غیر معهودٍ عندهم . (آقاضیاء).

انحصارها(۱) فی المعهودات(۲) ، ولاـ حاجه إلی الدلیل الخاصّ لمشروعیّتها، بل کلّ معاملهٍ عقلائیّهٍ صحیحه، إلّا ما خرج بالدلیل الخاصّ، کما هو مقتضی العمومات.

لزوم عقد المزارعه ومبطلاته

(مسأله ۳) : المزارعه من العقود اللازمه، لا تبطل إلّا بالتقایل أو الفسخ بخیار الشرط أو بخیار الاشتراط، أی تخلّف بعض الشروط المشترطه علی أحدهما، وتبطل أیضاً(۳) بخروج الأرض عن قابلیّه(۴)

ص: ۴۱۹

---

۱ - ۱. فیه منع جدّاً . (الکوه کَمَری). * هذا هو الحقّ المؤیّد بالدلیل، فیسهل الخطب فی صحّه أکثر المعاملاتالمستحدَثه العقلائیّه فی عصرنا، کالبیمات (البیمات : جمع بیمه، وهی فارسیّه، ومعناها : الضمان .) البدنیّه والمالیّه وغیرهما، فما عنبعض الإعلام من إدراجها تحت العناوین المعهوده بالتوسعه فیها تکلّف مستغنًیًعنه، مضافاً إلی المناقشه فیها نقضاً وحَلّاً . (المرعشی).

۲ - ۲. بناءً علی انحصارها فی المعهودات أیضاً الظاهر کون الأمثله المزبوره وأشباهها منها . (الإصفهانی). * هذه الأمثله إن صحّت کانت صحّتها توسعهً فی المعهودات، لاـ أنّها معاملات اُخرغیرها . (البروجردی). * ونحن لا نُسلِّم خروج المعاملات العقلائیّه عن المعهودات الّتی هی عقلائیّه لیسإلّا، نعم، للشارع تصرّفات بجعل شرطٍ أو مانعٍ أو تخطئه مصداق، وهذا لا یُخرِجالمعهودات عن کونها عقلائیّه . (الفانی).

۳- ۳. الأقرب التفصیل والمصیر إلی البطلان فی صوره عدم إمکان العلاج، والصحّه معالخیار فی فرض الإمکان . (المرعشی).

۴- ۴. مع عدم تیسّر العلاج . (الخمینی).

الانتفاع(۱) لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلک.

ولا_ تبطل بموت أحدهما، فيقوم وارث(۲) الميّت منهما(۳) مقامه. نعم، تبطل بموت العامل مع اشتراط(۴) مباشرته(۵) للعمل(۶) ، سواء كان قبل

ص: ۴۲۰

۱- ۱. وعدم إمكان العلاج، فإن صَلُحَت بالعلاج استمرّت، وإلّا فبالبطلان لا يتعيّنإبقاؤه، بل اللازم إمّا الإبقاء، وإمّا دفع قيمه البذر واُجره العمل إذا أراد فصله . (كاشفالغطاء).

۲- ۲. بمعنى أنّ الأرض تنتقل إلى ورثه مالكها متعلّقه لحقّ العامل، والبذر إلى ورثهمالكه متعلّقاً لحقّ الآخر، والعمل دَين على العامل يُستوفى من تركته . (محمّد رضاالگلپايگانى).

۳- ۳. فالأرض تنتقل إلى ورثه المالك إن كان هو الميّت، لكن لا طلقاً، بل متعلّقه لحقّالعامل، وكذا البذر والعِرق والأصل، وأمّا العمل فهو واجب التأديه على العاملبنفسه، أو بالتسبيب كسائر الديون، وإن مات يخرج بدله من تركته، وبالتأمّل يظهرحكم البذر فى صوره الموت بعد خروج الثمره لو كان للعامل وأراد الورثه إبقاءَه منالتسهيم، والاُجره للمالك، وكذا حكمه لو كان للمالك . (المرعشى).

۴- ۴. على وجه التقييد، وإلّا فللمالك الخيار . (الفيروزآبادى). * إذا كان الاشتراط بمنزله التقييد، أمّا لو كان بمعنى شرط الفعل فلا تبطل بتعذّرهالمزارعه، بل يثبت لصاحب الأرض الخيار . (الشريعتمدارى).

۵- ۵. بنحو التقييد، وإلّا فلا تبطل بموته، بل يكون للمالك خيار تخلّف الشرط، فإن لميفسخ قام ورثه العامل مقامه . (مهدى الشيرازى). * إذا كان مصبّ العقد، أو كان على نحو التقييد، أمّا إذا كان على نحو الشرط فلايوجب تخلّفه إلّا الخيار . (محمّد الشيرازى). * بنحو التقييد، وإلّا فلا تبطل بموته، ويكون للمالك خيار الفسخ . (حسن القمّى).

۶- ۶. بنحو التقييد، وإن كان بنحو الشرط من باب تعدّد المطلوب فينتقل أصل الحقّ إليالورثه، ويكون لصاحب الأرض الخيار . (السبزوارى).

خروج الثمره(۱) أم بعده(۲) .

حكم المزارعه المعاطاتيّه والإذنيّه

وأمّا المزارعه المعاطاتيّه(۳) فلا تُلزَم(۴) إلّا(۵) بعد(۶) التصرّف(۷) .

۱- ۱. فإن كان قبل خروج الزرع أو قبل بلوغه فيأتى حكمه فى المسأله السادسه، وإنكان بعد بلوغه وكان البذر للعامل فالحصّه بينهما على ما جعلا، ولمالك الأرضاُجره مثلها بمقدار الباقى من العمل إذا أراد الورثه إبقاء سهمهم من الزرع إلى أوانحصاده ورضى به المالك أيضاً، وإن كان البذر لمالك الأرض فينقص من حصّهالعامل بمقدار ما نقص من العمل . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ۲. لكن بعد الظهور تكون الحصّه المقرّره للعامل لورثته، وإن لم يكن لهم حقّ فيإبقائه . (الإصطهباناتى). * لكن لا تخرج حصّه العامل من الحاصل بعد الظهور عن ملكه بذلك، فيرثه ورثتهمع سائر حقوقه فيه، نعم، لا حقّ لهم فى إبقائه . (البروجردى). * مع انتقال حصّه العامل إلى ورثته . (السبزوارى).

۳- ۳. بناءً على صحّتها . (الإصفهانى). * قد مرّ الإشكال فيه . (عبدالله الشيرازى). * مرّ الكلام فيها . (الخمينى).

۴ - ۴. قد تقدّم أنّها لازمه فى كلّ موردٍ وعنوانٍ قيل بجوازها فيه، ولا يشترط اللفظ فياللزوم على الأقوى، وما استند إليها للاشتراط كلّها مخدوشه . (المرعشى). * مرّ الكلام فيها . (اللنكرانى).

۵- ۵. مرّ أنّ الأظهر لزومها قبل التصرّف أيضاً . (حسن القمّى).

۶- ۶. وقد تقدّم نفى البعد عن صيرورتها لازمهً لمجرّد العقد قبل التصرّف . (محمّدالشيرازى).

۷- ۷. مرّ آنفاً أنّ اللزوم غير بعيد . (الخوئى). * مرّ أنّها لازمه أيضاً . (الروحانى).

وأمّا الإذنيّه(١) فيجوز(٢) فيها(٣) الرجوع دائماً(۴) ، لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى(۵) لزوم(۶) إبقائه(٧) إلى حصول

١- ١. قد عرفت الإشكال فى المزارعه الإذنيّه الّتى ترجع إلى استيفاء المنفعه أو العملبالعوض . (الفانى).

٢- ٢. تقدّم من الماتن قدس سره فى المسأله الثانيه نفى البعد عن كون المزارعه الإذنيّه منالمزارعه المصطلحه، فكيف يجوز فيها الرجوع؟ ! (محمّد الشيرازى).

٣- ٣. إن جعلت من الإيقاعات وخارجةً عن المزارعه المعموله المتعارفه، وإلّا فحكمهاحكمها فى اللزوم . (المرعشى).

۴- ۴. إذا لم نقل بحصول المزارعه الصحيحه بالإذن، وإلّا فصارت لازمه لا يجوزالرجوع فيها . (الخمينى). * إذا لم تكن من مصاديق المزارعه المصطلحه، وإلّا فهى أيضاً لازمه . (اللنكرانى).

۵- ۵. هذه الدعوى مرجعها إلى كبرى الإذن فى الشيء إذن فى لوازمه، كما اعترف به،ولكنّها غير مسلّمه . (الفانى).

۶- ۶. بل هو الأظهر . (مهدى الشيرازى).

٧- ٧. فيه نظر جدّاً؛ لعدم تماميّه الملازمه المزبوره، مع أنّ لزوم الملزوم أيضاً أوّلالكلام، فيرجع عن الإذن فى اللوازم كالملزوم، وتوهّم منع عموم نفى الضرر عنالرجوع باطل؛ إذ ليس شأن مثل هذا العموم نفى سلطنه الإنسان الّذى من الأحكامالإرفاقيّه المجعوله فى حقّهم . (آقاضياء). * لا يتعيّن إبقاوه، بل اللازم إمّا الإبقاء، وإمّا دفع قيمه البذر واُجره العمل إذا أرادفصله . (كاشف الغطاء). * مع فرض جواز الرجوع ما ذكره غير وجيه، كدليله . (الخمينى). * فيه تأمّل، لا يُترك مقتضى الاحتياط . (حسن القمّى). * لكنّها ضعيفه . (الروحانى).

الحاصل؛ لأنّ الإذن فی الشیء(۱) إذن(۲) فی لوازمه(۳) . وفائده الرجوع(۴) أخذ اُجره الأرض منه حینئذٍ، ویکون الحاصل کلّه للعامل.

الاستعاره والرجوع فی إعاره الأرض للمزارعه

(مسأله ۴) : إذا استعار(۵) أرضاً(۶) . . . .

ص: ۴۲۳

۱- ۱. نعم، وإن سُلّم ذلک لکنّه لا یستلزم عدم جواز الرجوع، مضافاً إلی ما فی التعلیلمن التأمّل . (المرعشی).

۲- ۲. لکنّه یرجع عن الإذن فی اللازم، ولا دلیل علی عدم جواز رجوعه عنه .(اللنکرانی).

۳- ۳. ومقتضاه عدم جواز الرجوع؛ لعموم التعلیل فی روایه الرحی (الوسائل : الباب (۳۴) من أبواب کتاب الإجاره، ح ۱.) ، وعلی تقدیرجواز الرجوع فإذا رجع غُرِّم للعامل بدل البذر واُجره المثل لعمله (فی نسخهٍ اُخری منه ؛ : « لا یخفی ما فی هذا التعلیل؛ لأنّ الإذن فی الإبقاء ولو کان صریحاً لایقتضی عدم جواز الرجوع، فإذا رجع غُرِّم للعامل بدل البذر واُجره المثل لعمله ».). (الخوئی). * نعم، الإذن فی الشیء وإن کان إذناً فی لوازمه لکن لا مانع من الرجوع عنه، فلوأذن بالزراعه وإبقاء الزرع له الرجوع عنه قبل البلوغ، وله الأمر بإزالته بلا أرش، ولهأخذ اُجره المثل لإبقائه إلی أن یبلغ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * إنّما الکلام فی لزوم الإذن، وعدم جواز الرجوع عنه، لا فی تحقّقه . (حسن القمّی).

۴- ۴. فیه إشکال . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. فی جواز الاستعاره للمزارعه والإجاره تأمّل وإشکال . (الإصفهانی). * فی جواز الاستعاره للمزارعه والإجاره إشکال . (الإصطهباناتی). * بناءً علی جواز استعاره الأرض للمزارعه، وقد مرّ الإشکال فیه . (اللنکرانی).

۶- ۶. فی جواز الاستعاره للمزارعه والإجاره تأمّل وإشکال . (أحمد الخونساری، عبداللهالشیرازی).. * قد عرفت أنّه موضع تأمّل . (الکوه کَمَری). * قد عرفت الإشکال فی صحّه المزارعه فی الأرض المستعاره . (الفانی). * علی فرض صحّه الاستعاره للإجاره والمزارعه . (المرعشی). * قد مرّ أنّ استعاره الأرض للمزارعه محلّ منع، کما مرّ وجهه، وکذلک استعارتهاللإجاره؛ لاشتراکهما فی جهه المنع . (محمّد رضا الگلپایگانی).

للمزارعه(۱) ثمّ أجری عقدها لزمت(۲) ، لکن للمعیر الرجوع(۳) فی إعارته(۴) ، فیستحقّ(۵) اُجره المثل لأرضه(۶) علی(۷)

۱- ۱. فی جواز الاستعاره للمزارعه والإجاره تأمّل وإشکال . (البروجردی). * تقدّم الإشکال فیه . (الروحانی).

۲- ۲. لا یلزم عقد المزارعه إذا کان مقوّمها جائزاً . (الفانی).

۳- ۳. فیه إشکال، والأظهر عدم جواز الرجوع . (المرعشی).

۴- ۴. لا یبعد عدم جواز رجوعه . (الخوئی). * بل لا وجه للرجوع علی فرض صحّه الاستعاره للإجاره والمزارعه ولزومعقدهما؛ لأنّ الإذن لإیقاع العقد اللازم علی ملکه بمنزله الإذن فی إتلاف ماله،سواء قلنا بتملیک المنافع فی المزارعه والإجاره أم بإیجاد إضافهٍ موجبهٍ للسلطنهعلیها . (محمّد رضا الگلپایگانی). * فیه نظر وإشکال . (حسن القمّی). * مقتضی التزامه بالزراعه فی أرضه عدم جواز الرجوع إلی أن یبلغ الزرع .(السبزواری).

۵- ۵. أی بالإضافه إلی ما بعد الرجوع، وإذنه فی المزارعه لا یلازم عدم ثبوت حقّالرجوع له، غایه الأمر أنّ لزوم المزارعه مانع عن جواز إبطالها واسترداد العین، ولامنافاه بینه وبین استحقاق اُجره المثل بالنسبه إلی ما بعد الرجوع . (اللنکرانی).

۶- ۶. بالنسبه إلی ما بعد الرجوع دون ما قبله . (المرعشی).

۷- ۷. یعنی اُجره الأرض بالنسبه إلی ما بعد رجوعه، لا ما تقدّمه . (جمال الدینالگلپایگانی).

المستعِير(١) ، كما إذا استعارها للإجاره(٢) فآجرها؛ بناءً(٣) على(۴) ما هو الأقوى(۵) من جواز كون العوض لغير

۱- ۱. يعنى اُجره الأرض بالنسبه إلى ما بعد رجوعه، لا ما تقدّمه . (النائينى). * أى اُجره ما بعد الرجوع . (الخمينى). * بالنسبه إلى ما بعد الرجوع . (السبزوارى).

۲- ۲. إجاره العين المستعاره باطله يقيناً؛ لأنّ المستعِير لا يملك المنفعه، والإجارهتمليك لها بعوض، والقول بجواز كون العوض لغير مالك المعوّض فاسد . (الفانى). * فى صحّه الاستعاره للإجاره نظر . (حسن القمّى).

۳- ۳. الظاهر أنّ المزارعه ليست معاوضةً حتّى يأتى فيها الإشكال . (صدرالدين الصدر).

۴- ۴. تقدّم أنّ الأقوى خلافه، والظاهر أن يكون إذن المالك فى المزارعه،وكذلك الإجاره أيضاً بعد الفراغ عن نفوذه موجباً لانتقال الحصّه، وكذلكالاُجره أيضاً إليه آناً مّا، ومنه إلى المستعير، ويكون المقام نظير ما لو دفعالمالك إلى غيره دراهم ليشترى بها حاجه لنفسه ونحو ذلك، ولا تبتنيصحّه شىءٍ من ذلك على هذا المبنى، نعم، نفوذ إذن المالك لا يخلو من الإشكالفى جميع ذلك . (جمال الدين الگلپايگانى).

۵- ۵. تقدّم أنّ الأقوى خلافه، والظاهر أن يكون إذن المالك فى المزارعه، وكذلكالإجاره أيضاً بعد الفراغ عن نفوذه موجباً لانتقال الحصّه، وكذلك الاُجره أيضاً إليهآناً ما، ومنه إلى المستعير، ويكون المقام نظير ما لو دفع المالك إلى غيره دراهمليشترى بها حاجه لنفسه ونحو ذلك، ولا تُبنى صحّه شىءٍ من ذلك على هذا المبنى،نعم، نفوذ إذن المالك لا يخلو من الإشكال فى جميع ذلك . (النائينى). * بل الأقوى خلافه، ولا تتوقّف صحّه شىءٍ ممّا ذكر على المبنى الّذى ذكره، بليكون المقام نظير ما لو دفع المالك إلى غيره مالاً ليشترى بها شيئاً لنفسه، أو يشتريعبداً فيعتقه عن نفسه فى أنّ إذن المالك فى هذه الاُمور يكون موجباً لانتقال الحصّهفى المزارعه، والاُجره فى الإجاره، والشىء المشترى، والعبد المشترى، وهكذا اليدآناً ما، ومنه إلى المستعير فى المقام، وإلى المشترى فى نظيره، إنّما الكلام فى نفوذإذن المالك، وقد تقدّم الإشكال فيه . (الإصطهباناتى). * لا يبتنى عن ذلك . (مهدى الشيرازى). * تقدّم أنّ الأقوى دخول العِوض فى كِيس مَن خرج عن ملكه المُعوَّض ،وإلّا لاتصدق المعاوضه . (البجنوردى). * الظاهر عدم الابتناء على هذا المبنى، ومع ابتنائه أيضاً لا يبعد ما فى المتن .(الخمينى). * بل الأقوى خلاف هذا المبنى . (المرعشى). * مرّ أنّ الأقوى خلافه، والمسأله غير مبتنيهٍ عليه . (الخوئى). * بل الأقوى خلافه، نعم، لمالك الأرض الإذن للمستعير لنقل المنافع إلى نفسه قبلالمزارعه فتصحّ المزارعه، لكنّه غير ما فى المتن . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل لا يبتنى على ذلك . (حسن القمّى).

مالک(۱) المعوّض(۲) .

حکم اشتراط أحدهما علی الآخر شیئاً مضافاً إلی الحصّه

(مسأله ۵) : إذا شرط أحدهما علی الآخر شیئاً(۳) فی ذمّته(۴) أو فی الخارج من ذهبٍ أو فضّهٍ أو غیرهما مضافاً إلی حصّیته من الحاصل صحّ، ولیس(۵) قراره مشروطاً(۶)

۱- ۱. بناءً علی أنّ المستعیر مالک للانتفاع، لا المنفعه، کما هو الأقوی . (الفیروزآبادی).

۲- ۲. ویمکن تصحیحه فی المقام ولو علی القول بعدم جوازه . (السبزواری).

۳- ۳. مع العلم بمقداره، کما لا یخفی وجهه . (آقاضیاء).

۴- ۴. مع العلم بمقداره . (الإصطهباناتی). * مع تعیین مقداره . (المرعشی). * مع معلومیّته . (السبزواری).

۵- ۵. الظاهر عدم الصحّه مع عدم الحاصل . (أحمد الخونساری).

۶- ۶. محلّ تأمّل، بل مشروطیّته به لا تخلو من القوّه . (الإصطهباناتی).. * إلّا إذا اشترطا ذلک . (محمّد رضا الگلپایگانی).

بسلامه(۱) الحاصل(۲) ، بل الأقوی(۳) صحّه(۴) استثناء(۵) مقدارٍ معیّنٍ من الحاصل لأحدهما مع العلم ببقاء مقدارٍ آخر لیکون مشاعاً بینهما، فلا یعتبر إشاعه جمیع الحاصل بینهما علی الأقوی.

القسمه بعد استثناء مقدار البذر أو ما یُصرف

کما یجوز استثناء مقدار البذر لمن کان منه، أو استثناء مقدار خراج السلطان، أو ما یصرف فی تعمیر الأرض ثمّ القسمه، وهل یکون قراره(۶)

۱- ۱. بل مشروط بها علی الأقوی . (البروجردی)

۲- ۲. إن کان جعل الشرط علی هذا الوجه فإنّ دائره الشروط تُناط سعهً وضیقاً بجعلها .(مهدی الشیرازی). * بل الظاهر أنّه مشروط بها . (عبدالهادی الشیرازی). * بل هو مشروط بها . (الفانی). * لو لم یکن المتعارف ذلک . (السبزواری). * لیس المراد بالسلامه مجرّد الحصول فی مقابل اللاحصول، ولا السلامه فی مقابلالعیب، بل الظاهر أنّ المراد بها الحصول بمقدارٍ یُترقّب بحیث لم یتلف شیء منه بآفهٍأو غیرها . (اللنکرانی).

۳- ۳. والأحوط ترک ذلک . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. الأحوط ترک ذلک . (الکوه کَمَری).

۵- ۵. فی القوّه إشکال، بل منع؛ لأنّ العمومات _ کما عرفت _ لا تشمل مثلهذه المعاملات، والدلیل الخاصّ غیر موجود، وکذا الحال فی مقدار استثناءمقدار البذر . (الخوئی).

۶- ۶. إن کان المراد من السلامه هو حصول الزرع فی مقابل لا حصوله فلا معنی للقرارمع عدم السلامه فی ما یُستثنی من الحاصل، وإن کان المراد هی السلامه فی مقابلالتعیّب حتّی تلاحظ نسبه النقص فیُحاسَب بالنسبه، فلا یکون القرار مشروطاً بها،أی لا تُلاحظ النسبه . (الخمینی). * أی استثناء مقدارٍ إلی آخره . (الفیروزآبادی).

فی هذه(۱) الصوره(۲) مشروطاً بالسلامه(۳) ، کاستثناء الأرطال فی بیع الثمار أوْ لا؟ وجهان(۴) .

ص: ۴۲۸

۱- ۱. لا موقع لهذا التردید بعد کون المفروض استثناء هذه الاُمور من الحاصل .(البروجردی).

۲- ۲. الظاهر أنّ التردید بلحاظ أنّه لو تلف البعض ولم یسلم هل یسقط منه بحسابه، أملا، وإلّا فلا موقع له بعد کون المفروض استثناء هذه الاُمور من الحاصل . (الروحانی).

۳- ۳. أی بالسلامه من التلف أو العیب، فلو تلف بعضه أو تعیّب لوحظ النقص والسقطمن الشرط بنسبه التالف والمعیب، ولاحتمال اشتراط القرار بالسلامه وجه قریب،والنصوص غیر ظاهره الدلاله علی العدم . (المرعشی).

۴- ۴. أقواهما نعم . (الفیروزآبادی). * أوجههما الثانی فی غیر استثناء حصّیته من الحاصل؛ وذلک لأنّ استثناء غیرالحصّه من قبیل اشتراط شیءٍ فی الذمّه، فلا وجه لورود التلف علیها، بخلافاستثناء حصّیته من الحاصل، فإنّه من باب الکلّیّ فی المعیَّن، کاستثناء الأرطال فیالثمره، وحکم مثل هذا الکلّی کون الخساره وارداً علیهما، کما لا یخفی . (آقاضیاء). * أوجههما الأوّل . (الإصفهانی، أحمد الخونساری، البجنوردی). * أوجههما الأوّل، بل لا موقع للثانی . (صدرالدین الصدر). * أقواهما الأوّل، بل لا وقع لإبداء الاحتمالَین مع فرض کون الاستثناء منالحاصل . (الإصطهباناتی). * أوجههما الثانی مع إطلاق الشرط ولو ارتکازاً، وعدم اشتراط کونه من الحاصل،وإلّا فالأوّل . هذا مع تلف الکلّ، أمّا مع تلف البعض فیُناط بالإطلاق، وعدمه . (مهدیالشیرازی). * أظهرهما الأوّل . (عبدالهادی الشیرازی). * الأوجه فی استثناء حصّیهٍ من الحاصل والبذر الأوّل، وفی استثناء الخراجوالمصارف الثانی إذا کان المقصود اشتغال الذمّه، کمثل الذهب والفضّه، وإذاکان المقصود الإخراج من نفس الحاصل فلا وجه للتردید، إلّا أن یکون المقصودفی جمیع الصور حصول الحاصل، فالقرار مشروط بسلامه الحاصل حتّیفی الذهب والفضّه . (عبدالله الشیرازی). * والأوجه الأوّل، بل لا وجه ظاهراً للثانی؛ فإنّ الاستثناء من الحاصل، فلا مورد لهاإلّا حیث یکون الحاصل . (الشریعتمداری). * الأقوی الأوّل . (الفانی). * الأظهر فی صوره نقصان الحاصل أو تعیّبه التنقیص من المستثنی بحسابه؛ لمکانالإشاعه . (المرعشی). * لا یبعد قرب الوجه الأوّل، فلو تلف نصف الحاصل مثلاً یُحسَب التالف علیالمستثنی والمستثنی منه بالنسبه . (الخوئی). * أمّا سلامه ذلک المقدار فلابدّ منه لصحّه الاستثناء، وکذا مقدار یکون مشاعاً بینهمالتحقّق شرط الإشاعه ولو فی بعض الحاصل، وأمّا الزائد علی ذلک فمبنیّ علیالاشتراط، کما مرّ نظیره . (محمّد رضا الگلپایگانی). * الظاهر أنّ المتعارَف هو الأوّل . (السبزواری). * أوجههما الثانی فی صوره الإطلاق ولو ارتکازاً . (محمّد الشیرازی). * والظاهر هو الوجه الأوّل، فإنّه علی تقدیر التلف یحسب التالف علی المستثنیوالمستثنی منه بالنسبه . (اللنکرانی).

إذا شرط مدّه معيّنه والزرع لم يبلغ

(مسأله ۶) : إذا شـرط مـدّةً معيّنةً يبلغ الحاصـل فيهـا غالبـاً، فمضت والزرع بـاقٍ لم يبلغ فالظاهر أنّ للمالك(۱) الأـمر بإزالته بلا أرش(۲) ، أو إبقائه ومطالبه

۱- ۱. إجبار المالك العامل بإزالته، بمعنى تخيير المالك بين إزالته وإبقائه مشـكل مع عدمتفريط الزارع . (أحمد الخونسارى).
* الظاهر وجوب الأرش لو اختار المالك القلع . (الشريعتمدارى).

۲- ۲. نعم، ولكن قـد يكون الأمر بالإزاله مورد تقبيح العقلاء، فلابدّ حينئذٍ من آ مراجعه الحاكم الشرعىّ، أو المراضاه فيما بينهما . (السبزوارى).

الاُجره إن رضـی العامل بإعطائها، ولا یجب(۱) علیه الإبقـاء بلا اُجره(۲) ، کمـا لا یجب علیه الأرش(۳) مع إراده الإزاله؛ لعـدم حقٍّ للزارع(۴) بعد المدّه، و«الناس(۵) مسلّطون علی أموالهم»(الخلاف للطوسی: ۳/۱۷۶، مختلف الشیعه للعلّامه الحلّی: ۷/۲۴، المجموع للنووی: ۱۳/۳۵،بحار الأنوار: ۲/۲۷۲، ح۷). ولا فرق بین أن یکون

۱- ۱. أی عند إراده الإبقاء، فلا إشعار فی العباره باحتمال وجوب الإبقاء بلا اُجرهتعییناً . (اللنکرانی).

۲- ۲. بل ومع الاُجره وإن کان العامل باذلاً لها . (الإصطهباناتی). * ولا مع الاُجره إن کان العامل باذلاً لها، والحاصل أنّ الإبقاء بالاُـجره محتـاج إلیمعـاملهٍ جدیـدهٍ برضاهمـا ولو بأزیـد من اُجره المثـل أو بأقلّ منها . (البروجردی). * ولا مع الاُجره أیضاً، بل یجوز له قلعه وإزالته . (البجنوردی). * بـل ومع الاُـجره، کما یظهر من مجموع العباره . (الفانی). * بل مع بـذل العامل للاُجره أیضاً . (المرعشی). * بل ولا مع الاُجره . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. مع تفریط الزارع . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. هذا مع تفریطه، أو إطلاق الشرط لصوره عدم بلوغ الحاصل، أو عدمتضرّره بالإزاله، أو تضرّر المالک بالبقاء بلا جبر، وإلّا فالأقرب أنّ علیه الإبقاءولو بالاُجره . (مهدی الشیرازی). * فی إطلاقه تأمّل . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. هـذا عین متن النبویّ، وهو مـذکور فی الغوالی وفی البحار فی باب ما یتّخذ منهالعلم، والخبر مصدَّر بکلمه « أن » للتأکید، ثمّ التمسّـک به مبنی علی عـدم جریان قاعـده الضـرر فی حقّ العامل أو معارضه ضـرره مع ضـرر المالک لو منع من التصـرّف .(المرعشی).

ذلک بتفریط الزارع أو من قبل الله(۱) ، کتأخیر المیاه، أو تغیّر الهواء. وقیل بتخییره بین القلع مع الأرش والبقاء مع الاُجره. وفیه ما عرفت، خصوصاً إذا کان بتفریط الزارع، مع أنّه لا وجه(۲) لإلزامه العامل بالاُجره بلا رضاه. نعم، لو شرط الزارع علی المالک إبقاءه إلی البلوغ بلا اُجرهٍ أو معها إن مضت المدّه قبله لا یبعد صحّته(۳)

---

۱ – ۱. الفرق واضح؛ لحکومه « لا ـ ضرر » علی قاعده « الناس » ، ولا تعارض باعتبارفردَین من الضرر؛ لأنّه لا ضرر مع حصول الاُجره . (الفیروزآبادی). * إذا لم یکن بتفریط الزرع ولم یتضرّر المالک بالبقاء ویتضرّر الزارع بالإزاله تؤدّیالاُجره إلی البلوغ، فیشکل أن یکون للمالک الأمر بإزالته بلا أرش . (حسن القمّی).

۲ – ۲. بل الوجه الالتزام العقلائی . (الفیروزآبادی).

۳ – ۳. لولا شبهه غَرریّه هذا الشرط للجهل بزمانه . (آقاضیاء). * بل یشکل؛ لکون مثل هذا الشرط غَرریّاً، بل یشکل صحّه أصل العقد لذلک .(الإصطهباناتی). * إن لم یکن هذا الشرط غَرّر بالجهاله وقت البلوغ . (البجنوردی). * بل هو الأقوی . (الفانی). * إذا کانت مدّه التأخیر علی فرضه معلومه . (الخمینی). * فی صوره تعیین مدّه التأخیر، وإلّا فصحّه الشرط مشکله، وفی صحّهالعقد وعدمها وجهان، الأقوی الصحّه، إلّا فی صوره التقیّد بنحووحده المطلوب . (المرعشی). * بشرط تعیین المدّه بأن یقال : « إلی شهرٍ » مثلاً، وإلّا فمشکل، بل صحّه العقد معهأیضاً محلّ إشکال . (محمّد رضا الگلپایگانی). * وفیه : أنّ هذا الشرط لکونه غَرریّاً باطل، والله أعلم، نعم، لو شرط استحقاقالإبقاء ولو بالاُجره بلا تعلیق صحّ، لکنّه غیر ما هو محلّ الکلام . (الروحانی). * إذا کانت مدّه التأخیر علی فرضه معلومهً بحسب العاده، وإلّا فصحّه الشرط بلصحّه العقد معه محلّ إشکال . (اللنکرانی).

ووجوب(۱) الإبقاء علیه.

لو ترک الزارع الزرع حتّی انقضت المدّه

(مسأله ۷) : لو ترک الزارع الزرع بعد العقد وتسلیم الأرض إلیه حتّی انقضت المدّه ففی ضمانه أُجره المثل(۲) للأرض(۳) ، کما أنّه یستقرّ علیه المسمّی فی الإجاره، أو عدم ضمانه(۴) أصلاً، غایه الأمر کونه آثماً بترک

۱- ۱. صحّته بل صحّه العقد معه محلّ إشکال . (البروجردی).

۲- ۲. وهو الأقوی؛ لأنّ المالک إنّما ملّک الزارع انتفاع أرضه المتقوّم بعمله فیها، فمععدمه ــ ولو بتقصیر منه ــ یکشف عن بطلان المعامله فی المقدار التالف؛ لأنّه بحکمالمعدوم المحض الغیر صالح لورود عقدٍ علیه، وحینئذٍ یده علی هذه العین بقابلیّتهالها کان موجباً لضمان منافعها الغیر المستوفاه؛ وبهذه الجهه یمتاز المقام عن الإجارهالّتی لا یکون عدم استیفائه إلّا موجباً لضمان مسمّاه؛ لأنّه من باب ملک المنفعهالغیر متقوّم بالأعمال، والغیر الموجب انعدامه عن بطلان المعامله، لا من باب ملکالانتفاع المتقوّم بعمله، فبدونه یکون تالفاً علی ضمانه بقیمته الواقعیّه . (آقاضیاء). * تنزیلاً لها منزله الغصب . (المرعشی). * إمّا لکونها أقرب بما فات من مالک الأرض، وإمّا لکون الأرض مع عدم الزرعمغصوبهً تحت یده .(محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. الأقوی ذلک إن کانت الأرض فی ید العامل، وأمّا لو کانت فی ید المالک ففیضمانه إشکال . (الشریعتمداری).

۴- ۴. لعدم ثبوت حقٍّ لکلٍّ منهما علی الآخر بسبب المزارعه، والمبنی منظور فیه .(المرعشی). * بناءً علی عدم کون المزارعه إلّا تعهّداً والتزاماً من الطرفین بلا إیراثحقٍّ لأحدهما علی الآخر، وکون الأرض تحت ید العامل برضا المالک،وفیه ما لا یخفی . (محمّد رضا الگلپایگانی).

تحصـیل الحاصـل، أو التفصـیل بین مـا إذا ترکه اختیاراً فیضـمن، أو معـذوراً(۱) فلا(۲) ، أو ضـمانه مـا یعادل(۳) الحصّـه(۴) المسـمّاه من الثلث أو النصف أو غیرهما بحسب التخمین فی تلک السـنه، أو ضـمانه بمقدار تلک الحصّه(۵) من منفعه الأرض من نصفٍ أو ثلثٍ ومن قیمه عمل الزارع، أو الفرق بین ما إذا اطّلع المالک علی ترکه للزرع فلم یفسـخ المعامله؛ لتدارک استیفاء منفعه أرضه فلا یضمن(۶) ، وبین صوره عدم اطّلاعه إلی أن فات وقت الزرع فیضمن،

۱- ۱. ولعلّه لعـدم کونه غاصـباً فی هـذا الفرض، وفیه : أنّه مع تقیّد إذنه بالزراعه تکونالأرض تحت یده بغیر إذن المالک، وعلیه اُجره المثل، غایه الأمر أنّه معذور غیرمعاقَبٍ لو کان معذوراً فی الردّ علی المالک أیضاً . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. لعدم تفویته حقّاً علی المالک، وقد مرّت الإشاره إلی بطلان المبنی . (المرعشی).

۳- ۳. بتدارک ما فات عن المالک ببذل بدله الأقرب إلیه . (المرعشی).

۴- ۴. بتقریب أنّها أقرب إلی الفائت من المالک، یعنی الحصّه المسمّاه . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۵- ۵. بنـاءً علی حصول الشـرکه بین المالـک والعامـل فی عقـد المزارعه، وفی المبنیإشـکال . (المرعشـی). * هـذا علی القول باقتضاء المزارعه الشـرکه، کما یأتی منه فی المسأله الخامسهعشـره؛ وعلیه فیجب علی العامل إعطاء نصف البـذر علی المالک إن کان البذر علیه،وإن کان علی المالک فعلیه إعطاء نصـفه علی العامل بعدما یأخذ اُجره الأرضوالعمل منه حسب السـهم . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- ۶. هـذا التفصـیل علی تقـدیر صـحّته لا ینفع؛ لفرض کون العین تحت یـد العامل، ومعهلا تأثیر للفسخ فی رفع الضـمان حتّی یستند ترکه إلی المالک، نعم، لو کانت الأرضبید المالک کان له وجه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

وجوه(١) ، وبعضها أقوال(٢) ، فظاهر بل صريح جماعهٍ(٣)

١- ١. الأوجه الأوّل فى الجمله، يعنى عليه اُجره المثل للأرض إن فوّته بلا عـذر؛ لأنّهبحكم المُتلِف، أمّا مع العذر فلا شـىء عليه، أمّا فى صوره العكس فلا شـىء عليالمالك سوى الإثم . (كاشف الغطاء). * وهناك وجوه اُخر، منها ما اختاره بعض مشايخنا ١ من أنّه كان تركه اختياراًضـمن الأقلّ من المِثل للأرض، وما كان يسـتحقّه من الحاصل على فرض حصوله؛لأنّ حقّه إن كان أقلّ فقـد التزم بعـدم اسـتحقاقه بأزيـد منه، وإن كان أكثر فلا يُعطيأزيـد من اُجره المثل؛ لمكان فساد المزارعه، وأمّا إن كان الترك لا عن اختياره ففيصوره اطّلاع المالك بالحال وعـدم فسـخه لم يضـمن الزارع بشـىء، وفى فرض عدماطّلاعه ضَـمِن الزارع أقلّ من اُجره المثل للأرض، وما كانت حصّـته على تقـديرحصول الزرع عاده، وذهب بعض المرحومين من المعاصـرين (ومنهم : السـيّد أحمـد الخونسـارى والسيّد الخمينى وغيرهما ۴ فى تعليقـاتهم فى تلـك المسـأله .) إلى التصالـح، ولا ـريب أنّه أحـوط، ورعـايه الاحتياط فى حقّ الناس سبيل النجاه . (المرعشى).

٢- ٢. أوجههـا الأـوّل فيمـا إذا كـانت الأـرض تحت يـده وترك الزراعه بتفريـط منه، وإلّا فلاضـمان . (الخمينى). * الظاهر هو التفصـيل بين ما إذا كانت الأرض بيـد الزارع وما إذا كانت بيـدالمالك، وعلى الثانى فقد يطّلع المالك على ترك العامل للزرع، وقد لا يطّلع إليفوات وقته، ففى الصوره الاُولى والثالثه يثبت الضمان على العامل لاُجره المثل،ولا ضمان فى الثانيه . (الخوئى).

٣- ٣. لمّـا كـان تسـليم الأرض إلى الزارع وبقاوها فى يـده إلى انقضاء المـدّه ـ هو مفروضـهذه المسأله ـ فضـمانه لِمَا فات من منافعها تحت يده، ولزوم اُجره المثل عليه بمكانٍمن الوضوح . (جمال الدين الگلپايگانى).

الأوّل(١) .

بل قال(٢) بعضهم(راجع تذكره الفقهاء (ط . ق): ٢/٣٣٩، مسالك الأفهام: ٥/١٨.): . . . .

ص: ۴۳۵

---

١ - ١. لمّا كان تسليم الأرض إلى الزارع وبقاوها فى يده إلى انقضاء المدّه هو مفروضهذه المسأله فضمانه لِمَا فات من منافعها تحت يده ولزوم اُجره المثل عليه بمكانٍمن الوضوح . (النائينى). * ولعلّه الأوجه . (الكوه كَمَرى). * وهذا القول لا يخلو من قوّه . (صدرالدين الصدر). * وهو الصحيح إن كانت الأرض بيد العامل إلى انقضاء المدّه، كما هو ظاهرالفرض . (البجنوردى). * وهو الأوفق بقاعده اليد . (الفانى). * وهو الأقوى، والمناقشه فى شمول قواعد « اليد، والإتلاف، والضرر » مدفوعه،والتفصيل موكول إلى محلّه . (المرعشى). * وهو الأقوى، مع فرض تسليم الأرض، وكذلك ضمان النقص الحاصل بتركالزرع فى هذا الفرض . (محمّد رضا الگلپايگانى). * وهو المعوّل مع كون الأرض تحت استيلاء العامل، كما هو المفروض .(السبزوارى). * وهو الأظهر فى مفروض المسأله، وهو كون الأرض بيد الزارع إلى انقضاء المدّه،نعم، لو كانت الأرض تحت استيلاء المالك دونه فلا ضمان . (الروحانى). * وهو الأقرب فى ما هو المفروض من تسليم الأرض إليه، الظاهر فى كونها تحتيد العامل واستيلائه فى تلك المدّه، بل الظاهر ضمان النقص الحاصل بسبب تركالزرع أيضاً . (اللنكرانى).

٢ - ٢. مع تسليم الأرض إلى الزارع وبقائها فى يده إلى انقضاء المدّه _ كما هو المفروض _ فالظاهر ضمانه لاُجره المثل، بل ضمانه أيضاً للنقص الحاصل من ترك الزرع .(حسن القمّى).

يضمن(۱) النقص(۲) الحاصل بسبب ترک الزرع إذا حصل نقص، واستظهر بعضهم(راجع الدروس للشهيد الأوّل: ۳/۱۱۸، مسالک الأفهام للشهيد الثانی: ۵/۲۱، الحدائق الناضره :۲۱/۳۱۵.) الثانی، وربّما يستقرب الثالث، ويمکن القول(۳) بالرابع(۴) ، والأوجه(۵) الخامس(۶) ، وأضعفها السادس.

ص: ۴۳۶

۱- ۱. وهو غير بعيد . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. وهو الأقوی، وکلا الأمرين حيث کانت الأرض مسلَّمه للعامل وبيده . (المرعشی). * ولعلّه هو الصحيح علی التفصيل المزبور آنفاً . (الخوئی). * وهو الصحيح . (الروحانی).

۳- ۳. بل هو الأوجه . (الفيروزآبادی).

۴- ۴. وهو الأوجه، مع ضمانه النقص الحاصل بترک الزرع إن حصل نقص، وإن کانالأحوط التصالح . (عبدالهادی الشيرازی).

۵- ۵. فيه نظر . (المرعشی).

۶- ۶. بل الأوجه الثانی إن لم يکن إجماع علی خلافه، والأحوط لهما التصالحوالتراضی . (الإصفهانی). * بل الأوجه هو الأوّل . (الإصطهباناتی). * بل الأوجه الرابع، لکن لا يُترک التصالح . (مهدی الشيرازی). * بل الأوجه هو الأوّل إن کانت الأرض فی تلک المدّه تحت يد العامل واستيلائه،وأمّا مع کونها تحت استيلاء المالک أو هما فضمانه مطلقاً محلّ إشکال . (البروجردی). * والأحوط التصالح والتراضی إذا کانت الأرض فی تلک المدّه تحت يد العامل واستيلائه، وإلّا فضمانه مطلقاً محلّ إشکال . (أحمد الخونساری). * أوجهها الأوّل إذا کانت الأرض بيد العامل إلی آخر الوقت، کما هو مفروضالمتن . (عبدالله الشيرازی). * هذا الوجه مبنیّ علی کون المزارعه من المعاوضات، ووقوع المعاوضه بين منفعهالأرض وعمل العامل، ولکن لا يبعد أن تکون المزارعه من أقسام المشارکات، بلهو الظاهر؛ وعليه فليست هی من سنخ إجاره الأرض، ولا من سنخ استئجارالعامل، فلا يثبت ضمان إلّا فی صوره تصرّف العين . (الشريعتمداری). * لا- يبعد الأوّل فی صوره کون الأرض تحت يد العامل، إلّا أن يکون المسمّی أقلّ،والأحوط التصالح . (محمّد الشيرازی).

ثمّ هذا كلّه إذا لم يكن الترک بسبب عذرٍ عامّ، وإلّا فيكشف عن بطلان المعامله(۱) .

ولو انعكس المطلب بأن امتنع المالک من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ ، ومع عدمه ففى ضمان المالک ما يعادل حصّيته من منفعه الأرض ، أو ما يعادل حصّيته من الحاصل(۲) بحسب التخمين ، أو التفصيل بين صوره العذر وعدمه ، أو عدم الضمان(۳) حتّى لو قلنا به فى الفرض الأوّل بدعوى الفرق بينهما(۴) ، وجوه(۵) .

ص: ۴۳۷

۱- ۱. بلا ضمان ولو بملاحظه أنّ العين المزبوره من جهه هذا العذر العامّ غير قابلللانتفاع بها، فيده عليها ليست يداً على القابليّه المزبوره كى يكون تلفها تحت يدهموجباً لضمانه إيّاها . (آقاضياء).

۲- ۲. وهذا هو الأوجه، وإن كان الأحوط التصالح . (عبدالهادى الشيرازى).

۳- ۳. وهو الأوجه فى المقام . (الكوه كَمَرى، الروحانى). * وهو الأقوى . (الشريعتمدارى).

۴- ۴. والأحوط التصالح . (جمال الدين الگلپايگانى).

۵- ۵. أقواهما الثانى . (الفيروزآبادى).. * والأحوط التصالح . (النائينى). * الأقوى بالقواعد هو الأخير؛ لعدم تفويت المالک عليه ملكاً فعليّاً بعد الجزم بأنّالزارع لا يكون مالک المنفعه، بل هو سلطان على الانتفاع بحصّيته من الحاصل عليفرض الوجود . (آقاضياء). * أوجهها الأخير . (الإصفهانى، صدرالدين الصدر، البروجردى، أحمد الخونسارى، محمّدرضا الگلپايگانى). * لا يبعد قوّه الأخير وإن كان التصالح أحوط . (الإصطهباناتى). * أوجهها عدم الضمان . (مهدى الشيرازى). * الأظهر هو الأخير، لأنّ الأرض تحت يد المالک، ولا موجب للضمان .(البجنوردى). * أوجهها الأخير . (عبدالله الشيرازى). * الأقوى عدم الضمان؛ لعدم وجود سببٍ للضمان من اليد أو الإتلاف .(الفانى). * الأحوط التخلّص بالتصالح، وإن كان الأخير أوجه . (الخمينى). * الأظهر بعد الاوّل الأخير منها . (المرعشى). * أقربها الأخير . (الخوئى). * الأقرب هو الأخير، إن لم يكن المالک فى مقام الظلم والطغيان، وإلّا فيرجع إليالحاكم الشرعى . (السبزوارى). * لعلّ أوجهها الأخير . (محمّد الشيرازى). * الأحوط التصالح، وإن كان الأخير أقرب . (حسن القمّى). * والأخير أوجه . (اللنكرانى).

إذا غصَب الأرض غاصب

(مسأله ۸) : إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعه غاصب ولم يمكن الاسترداد منه: فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخيّر بين

ص: ۴۳۸

الفسخ(۱) وعدمه(۲) ، . . . .

ص: ۴۳۹

۱- ۱. عند عدمه تأتى الوجوه المذكوره فى صوره عدم كون الفسخ له . (عبداللهالشيرازى).

۲- ۲. يمكن منع دعوى الخيار فى المقام؛ لإمكان دعوى انفساخ المعامله من جهه عدمالقـدره على الاستيفاء والانتفاع الّـذى هو محطّ العقد، وليس المقام من قبيل ملكالمنفعه، فيجىء خياره من جهه فوت خصوصيّه المنفعه المملوكه؛ وحينئذٍ قياسالمقام بباب الإجاره منظور فيه جـدّاً . وعمده النكته الفارقه فيهما هو الّذى أشـرنا إليهفى الحاشـيه السابقه من أنّ عقد الإجاره مملّك للمنفعه بمنشـئها من القابليّه للعينالموجوده بعين وجودها، فما دام كانت العين على قابليّتها حين المنفعه الكذائيّه كانالعقد صـحيحاً موجباً لضـمان المسـمّى، غـايه الأـمر تلف الخصوصـيّه قبل القبض ولوبغصب الغاصب منشأ للخيار، وأمّا فى المقام ما هو طرف المعامله ليس إلّـا نفسالانتفـاع، ونتيجه المعـامله ليست أيضاً إلّا مجرّد تسـلّطه عليه بضـمان المسـمّى منحصّه الحاصل، فمع انعـدام الانتفاع المزبور لا يبقى مجال بقاء المعامله عليصـحّتها؛ لعدم وجود ما يصـلح السلطنه عليه، الّذى هو نتيجه هذه المعامله، وحينئذٍفإن كان انعدام الانتفاع المزبور بتقصـيرٍ منه فتكون يده على العين بما لَها من القابليّهالمزبوره يدَ ضـمانٍ لمنافعها الغير المستوفاه واقعاً قبال الإجاره، الموجب فى هـذاالفرض لضـمان المسـمّى؛ لعدم بطلان المعامله بهذا المقدار . وأمّا إن لم يكن بتقصـيرٍمنه فإن لم تكن العين على يـده بمـا لَهـا من القـابليّه رأسـاً بأن غصـبها غاصب فلاضـمان عليه أيضاً، وإنّما الضـمان على الغاصب لمالكها بالقيمه الواقعيّه . وإن كـانت العين على يـده بـأن كـان المانع من الأـعذار العامّه المانعه عنالانتفاع بها رأساً فربّما يكشف ذلك عرفاً عن عدم قابليّتها للانتفاع مع وجودالأعذار المزبوره فى علم الله، فلا يكون ضامناً للمنافع غير المسـتوفاه أيضاً . وأمّا إن لم يكشف عن قصور العين فى القابليّه، وإنّما تمام القصور فيعدم قدرته على الانتفاع بها من جهه منع ظالمٍ عنه ففى الضمان حينئذٍ وجه؛بناءً على المختار فى ضـمان المنافع غير المسـتوفاه ولو لقصورٍ منه عليوجهٍ لا يكشف عن عدم قابليّه العين للمنفعه بشهاده عدم بطلان عقد الإجارهفى مثله، والله العالم . (آقا ضياء).

وإن كان بعده لم يكن له الفسخ(۱) ، وهل يضمن(۲) الغاصب(۳) تمام منفعه الأرض فی تلك المدّه للمالك فقط، أو يضمن له بمقدار حصّته من النصف أو الثلث من منفعه الأرض، ويضمن له أيضاً مقدار قيمه حصّته من عمل العامل حيث فوّته عليه، ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصّته من منفعه الأرض؟ وجهان(۴) ،

ص: ۴۴۰

۱- ۱. الأقوى الانفساخ؛ لعدم القدره على العمل بالمزارعه، ويضمن الغاصب اُجره مثلالأرض للمالك فقط . (الفانی).

۲- ۲. أی مع فرض عدم الفسخ، وإلّا فلا إشكال فی ضمانه للمالك . (الخمينی). * أی مع عدم الفسخ، سواء كان ذلك لأجل عدم ثبوت حقّه له _ كما فیالفرض الثانی _ أم لأجل عدم اختياره إيّاه، كما فی أحد الشِقّين من الفرضالأوّل . (اللنكرانی).

۳- ۳. الأقوى ضمان الغاصب للمالك بلا وجهٍ لضمانه للعامل، على المختارمن بطلان المعامله بنفس ترك العمل . وبعبارهٍ اُخرى : استحقاق العامل للحصّه إنّما هو فی قبال عمله، نظير باب الجعاله، فبدون العمل لا يستحقّ شيئاً،فكيف يتصوّر حينئذٍ ضمان الغاصب للعامل؟ ولا نعنی من بطلان المعامله بتركالعمل إلّا هذا المعنى . (آقا ضياء). * نعم، هو كذلك . (الشريعتمداری).

۴- ۴. أقواهما ضمانه لهما جميعاً باُجره المثل، والأحوط أن تُقسّم عليهما بالتصالح عليما يقتضيه التخمين . (النائينی). * أوجههما الأوّل . (الإصفهانی، صدرالدين الصدر، البروجردی، الروحانی). * أوّلهما أوجههما . (الكوه كَمَری). * أقواهما ضمانه لهما جمعاً باُجره المثل، والأحوط أن تُقَسَّم عليهما بالتصالح عليما يقتضيه التخمين . (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی). * الأقرب هو الوجه الأوّل، وإن كان الأحوط التصالح بينهم . (الإصطهباناتی). * أوجههما الأوّل؛ لِمَا ذُكِر فی محلّه من ضمان الغاصب للمنافع الغير المستوفاهأيضاً . (البجنوردی). * أوجههما الأوّل، والأحوط التصالح . (الخمينی). * والأظهر الأوّل، والأحوط التصالح والتراضی . (المرعشی). * أقربهما الأوّل . (الخوئی، السبزواری). * والأوّل أوجه . (محمّد رضا الگلپايگانی). * والأحوط أن تُقَسَّم عليهما بالتصالح على ما يقتضيه التخمين . (محمّد الشيرازی). * لا يبعد أقربيّه الوجه الأوّل . (اللنكرانی).

ويحتمل(۱) ضمانه(۲) لكلٍّ منهما(۳) ما يعادل حصّته من الحاصل بحسب التخمين.

إذا تعدّى الزارع ما عيّن له من الزرع

(مسأله ۹) : إذا عيّن المالك(۴) نوعاً من الزرع من حنطةٍ أو شعيرٍ أو غيرهما تعيّن، ولم يَجُزْ للزارع التعدّى عنه. ولو تعدّى(۵)

۱- ۱. احتمالاً قويّاً . (الفيروزآبادى). * هذا الاحتمال هو المتّجه . (كاشف الغطاء).

۲- ۲. أوجهها الأخير . (عبدالله الشيرازى).

۳- ۳. وهو الأظهر . (عبدالهادى الشيرازى).

۴- ۴. شقوق المسأله لا تخلو من منع أو نظر، والتفصيل فيها خارج عن وضع التعليقه .(مهدى الشيرازى).

۵- ۵. إن أجاز المالك فلا إشكال، وإلّا فالزرع لصاحب البذر، وعلى الزارع أُجره المثللأرض إن كان البذر له . (صدرالدين الصدر).

إلى(١) غيره(٢) ذهب بعضهم(راجع المختصر النافع للمحقّق الحلّي: ١٥٣، إرشاد الأذهان للعلّامه الحلّي: ١/٤٢٧، اللمعهالدمشقيّه: ١٣٦، مجمع الفائده للأردبيلي: ١٠/١٠٩.) إلى أنّه إن كان ما زرع أضرَّ ممّا عيّنه المالك

ص: ۴۴۲

١- ١. يقوى ضمان اُجره المثل في جميع صور التعدّي، لكنّ الأحوط هو التصالح فيالجميع . (جمال الدين الگلپايگاني).

٢- ٢. يقوى ضمان اُجره المثل في جميع صور التعدّي، لكنّ الأحوط هو التصالح فيالجميع . (النائيني). * في هذه الصوره إذا كان التعيين بنحو التقييد والعنوانيّه فالمزارعه باطله، وللمالكاُجره الأرض وغرامه النقص الوارد عليها من قبل ذلك الزرع، قليلاً كان بالنسبه إليما عيّنه أو كثيراً، وله قلع الزرع أو بقاؤه باُجرٍ أو بدونها بالنسبه إلى ما بقي إلى زمانبلوغ الزرع، وإذا كان بنحو الشرط فالمالك مخيّر بين الفسخ فيكون حاله حالالتقييد في جميع ما ذكرنا، وبين الإمضاء فتترتّب عليه آثار المزارعه الصحيحه مناستحقاق كلّ واحدٍ من المالك والعامل لحصّته الّتي عيّنت له، وفي صوره بطلانالمزارعه من جهه التقييد أو الفسخ فما قلنا من استحقاق المالك لاُجره الأرض فيماإذا كان البذر للعامل فيكون الزرع والحاصل له، وأمّا إذا كان البذر للمالك فيكونالزرع والحاصل له، ولا يستحقّ العامل شيئاً حتّى اُجره المثل لعمله مطلقاً . (البجنوردي). * إن كان التعيين على وجه الشرطيّه فمع التعدّي يتخيّر المالك بين الفسخ والإقرار،ومع عدم الفسخ يأخذ حصّته من الحاصل، وإن كان على وجه القيديّه كان له اُجرهمثل أرضه، ولو صارت ناقصةً بواسطه الزرع له أرش نقصها على الزارع . (الخميني). * الصحيح أن يقال : إنّه إذا علم المالك به بعد بلوغ الحاصل فليس له إلّا المطالبهاُجره مثل المنفعه الفائته من الأرض، وأمّا الحاصل فهو للعامل إن كان البذر له، وإنكان للمالك فله المطالبه ببدله أيضاً، وعلى تقدير البذل كان الحاصل للعامل أيضاً،وليست له مطالبه المالك باُجره العمل مطلقاً . وإذا علم به قبل بلوغ الحاصل فله المطالبه ببدل المنفعه الفائته، وإلزام العامل بقلع الزرع أو إبقائه بالاُجره، أو مجّاناً إذاكان البذر له، وأمّا إذا كان للمالك فله المطالبه ببدل المنفعه الفائته وبدل البذر أيضاً،فإن دفع بدله كان حكمه حكم ما إذا كان البذر له من أوّل الأمر، هذا كلّه إذا كانالتعيين بعنوان التقييد، وأمّا إذا كان بعنوان الاشتراط فإن تنازل المالك عن شرطهفهو، وإلّا فسخ العقد وجرى عليه حكم التقييد . (الخوئي).

كان المالک مخيّراً بين الفسخ وأخذ اُجره المثل(۱) للأرض، والإمضاء وأخـذ الحصّه من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الأضرّ، وإن كان أقلّ ضرراً لزم وأخذ الحصّه منه.

وقال بعضهم(راجع تذكره الفقهاء (ط. ق): ۲/۴۹۳، جامع المقاصد: ۷/۳۲۷.): يتعيّن أخذ اُجره المثل للأرض مطلقاً؛ لأنّ ما زرع غير ما وقع عليه العقد، فلا يجوز أخذ الحصّه منه مطلقاً، والأقوی(۲) أنّه إن علم أنّ

۱- ۱. الأقرب ضمان اُجره مثل المنفعه الفائته من الأرض فی جميع صور التعدّی،وتدارک الضرر الحاصل علی الأرض علی تقدير حصوله، فإن كان البذر للعاملفالحاصل له أيضاً، فإن كانت الحصّه المسمّاه أكثر من اُجره مثل المنفعه فلا يُترکالاحتياط بالتصالح فی مقدار الزياده، وكذلک الأحوط التصالح بالنسبه إلی اُجرهالأرض بالنسبه إلی المنفعه المستوفاه، مضافاً إلی اُجره مثل المنفعه الّتی قدّمناها،وإن كان البذر للمالک فالحاصل له، فإن كان الحاصل أكثر من البذر والمنفعه الفائتهأو يكون مساوياً لها فيشكل أن يكون حقّ للمالک، والأحوط أيضاً التصالح . هذا كلّهإذا كان التعيين علی وجه التقييد والعنوانيّه، أمّا إن كان بنحو الاشتراط فللمالكإسقاط الشرط والمطالبه بالحصّه، وله أن يفسخ، فحكمه حكم السابق، والمدار فيذلک هو المجعول، لا المقصود والفرض . (حسن القمّی).

۲- ۲. فيه إشكال . (المرعشی). * والظاهر بعد كون المفروض ــ هو صوره علم المالک بعد بلوغ الحاصل ــ هوالتفصيل من أوّل الأمر بين كون التعيين علی وجه الشرطيّه، أو علی نحو القيديّه،ففی الأوّل يتخيّر المالک بين أخذ اُجره مثل المنفعه الفائته من الأرض، وأخذحصّيته من الحاصل فيما إذا كان البذر من العامل، وفی الثانی يتعيّن له أخذ اُجرهمثل الأرض، نعم، لو صارت ناقصهً بواسطه زرعٍ غير ما هو المعيّن يثبت لهأرش النقص علی الزارع أيضاً، وأمّا ما يُستفاد من المتن من فرض صورهٍثالثهٍ خارجهٍ عن صورتَی الاشتراط والتقييد فيدفعه : أنّ تلک الصوره ترجع لا محالهإلی إحدی الصورتَين . (اللنكرانی).

المقصـود مطلق الزرع، وأنّ الغرض مـن التعيين(۱) ملاحظه مصلحه الأرض(۲) وترک مـا یوجب ضـرراً فیهـا یمکن أن یقال: إنّ(۳) الأمر(۴) کما ذکر من التخییر

ص: ۴۴۴

۱- ۱. فی صوره عدم قصد الخصوصیّه، وإنّما کان التعیین من باب الفرد الظاهر أخذالحصّه مطلقاً، وإذا کان المزروع آخَرَ یأخذ المالک الأرش أیضاً . (محمّد الشیرازی).

۲- ۲. بأن یکون الشرط المذکور إلزاماً علی الزارع بعدم الإضرار بالأرض، فإذا زرع ماهو أضرّ کان للمالک الفسخ بخیار تخلّف الشـرط، وإذا فسـخ فللمالک الرجوع إلیأُجره مثل الأرض، وله إقرار المزارعه والأخـذ بالحصّه، ولیس علی الزارع حینئذٍأُجره مثل الأرض . (الفانی). * بحیث یکون المعیّن فی الحقیقه هـذا، وکلّ ما یکون أقلّ ضـرراً منه،وإلّا فلا یبعد التخییر بین الفسخ وأخذ أُجره المثل، أو الإمضاء وأخذ الحصّهمن دون أرش . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. الظاهر ابتناء هـذا التفصـیل علی مقایسه المقام بباب الإجاره، وتوهّم أنّ القـدرالمشترک بین المنافع المتضادّه، کما یملک بالإجاره فکـذا بالمزارعه أیضاً،وضـعفه ظاهر، فإنّ عقـد المزارعه إنّما یوجب تملیک الانتفاع المحدود دون المنفعه،ولو اتّفق فی عقد الإجاره أیضاً کونه تملیکاً للانتفاع کان أجنبیّاً عن تملیکالقدر المشترک المذکور . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. الظاهر ابتناء هذا التفصیل علی مقایسه المقام بباب الإجاره، وتوهّم أنّ القدر آالمشترک بین المنافع المتضادّه، کما یملک بالإجاره فکـذا بالمزارعه أیضاً،وضـعفه ظاهر، فإنّ عقـد المزارعه إنّما یوجب تملیک الانتفاع المحدود دون المنفعه،ولو اتّفق فی عقد الإجاره أیضاً کونه تملیکاً للانتفاع کان أجنبیّاً عن تملیکالقدر المشترک المذکور . (النائینی).

بين الأمرين(۱) فی صوره کون المزروع أضرّ(۲) ، وتعيّن الشركه فی صوره کونه أقلّ ضرراً، لكنّ التحقيق(۳) مع ذلک خلافه.
وإن كان التعيين(۴) لغرضٍ متعلّقٍ بالنوع الخاصّ لا لأجل(۵) قلّه الضرر وکثرته: فإمّا

۱- ۱. بل المتعيّن فی هذا الفرض استحقاق أخذ الحصّه مع أرش النقص الحاصل منالأضرّ . (الإصفهانی). * بل الأقوی فی هذا الفرض تعيّن أخذ الحصّه مع أرش النقص الحاصل منالأرض . (الإصطهباناتی). * بل الأظهر فی هذه الصوره استحقاق أخذ الحصّه مع أرش النقص الحاصل منزرع الأضرّ . (الشريعتمداری). * حيث إنّ المقصود مطلق الزرع فيستحقّ الحصّه، وحيث تضرّر فی أرضهفيستحقّ مطالبه الأرش . (السبزواری).

۲- ۲. لكنّ الأقوی فيها أيضاً هو الشركه فی المزروع بلا أرش إن كان تعيين الزرعالخاصّ فی الخارج عن العقد، وکان متعلّقه مطلق الزرع، وکونه کمطلق التخلّف فیالقسم الثانی إن کان فی العقد، وکان قبالاً للأضرّ لا مطلقاً، فيجری فيها ما ذکر هناکمن التفصيل . (البروجردی).

۳- ۳. بعد کون التعيين من باب تعدّد المطلوب لا وجه للمصير إلی خلافه، بل ما اُفيدحينئذٍ فی غايه المتانه . (آقاضياء).

۴- ۴. عطف قدس سره الجمله الشرطيّه علی قوله : « وأنّ الغرض من التعيين ...» إلی آخره .(الفيروزآبادی).

۵ – ۵. وإن کان لأجلها فالأمر کما قوّاه قبله، وإن قال : « التحقيق مع ذلک خلافه »ï وجعل التقسيم ناقصاً فی البيان . (الفيروزآبادی).

أن(۱) یکون(۲) التعیین علی وجه التقیید والعنوانیّه، أو یکون علی وجه تعدّد المطلوب والشرطیّه(۳) ، فعلی الأوّل إذا(۴) خالف ما عیّن

۱- ۱. لو کان متعلّق عقد المزارعه هو القدر المشترک بین أنواع المزروعات، وتعیینبعضها شرطاً فی ضمنه یندرج حینئذٍ فی ضابط الشرط فی ضمن العقد ویلحقهحکمه، وإلّا فلا یختلف ما ینشأ بالعقد باختلاف الأغراض، ویکون ما وقع العقدعلیه عنواناً لِمَا یستحقّه العامل علی کلّ تقدیر . (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- ۲. لو کان متعلّق عقد المزارعه هو القدر المشترک بین أنواع المزروعات، وتعیینبعضها شرطاً فی ضمنه یندرج حینئذٍ فی ضابط الشرط فی ضمن العقد، ویلحقهحکمه، وإلّا فلا یختلف ما ینشأ بالعقد باختلاف الأغراض ویکون ما وقع العقد علیهعنواناً لِمَا یستحقّه العامل علی کلّ تقدیر . (النائینی).

۳- ۳. بعد أن تبیّن ضابط العنوانیّه والشرطیّه فتحریر المسأله هو : أنّه علی تقدیرالشرطیّه وتخلّف العامل عن التزامه یتخیّر المالک بین إمضاء العقد أو فسخه، فإنأمضاه وأسقط شرطه یلزمهما العمل بمقتضی العقد علی کلٍّ من تقدیرَی کون البذرللمالک أو العامل، ولو فسخه بخیاره کان العقد کأن لم یکن، وکذا علی تقدیرالعنوانیّه أیضاً، فإن کان البذر للمالک کان الزرع له، ولا یستحقّ العامل اُجره عمله،لا فی صوره الفسخ، ولا العنوانیّه، وفی ضمانه لِما فات المالک من منفعه الأرضوجهان . ولو کان البذر للعامل کان الزرع له، ویضمن اُجره الأرض للمالک، ولهإلزامه بقلع زرعه، أو الإذن فی إبقائه مجّاناً، أو بالاُجره . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. بعد أن تبیّن ضابط العنوانیّه والشرطیّه فتحریر المسأله هو : أنّه علی تقدیرالشرطیّه وتخلّف العامل عن التزامه یتخیّر المالک بین إمضاء العقد أو فسخه، فإنأمضاه وأسقط شرطه یلزمهما العمل بمقتضی العقد علی کلٍّ من تقدیرَی کون البذرللمالک أو العامل، ولو فسخه بخیاره کان العقد کأن لم یکن، وکذا علی تقدیرالعنوانیّه أیضاً، فإن کان البذر للمالک کان الزرع له، ولا یستحقّ العامل اُجره عمله،لا فی صوره الفسخ، ولا العنوانیّه، وفی ضمانه لِما فات المالک من منفعه الأرضوجهان . ولو کان البذر للعامل کان الزرع له، ویضمن اُجره الأرض للمالک، ولهإلزامه بقلع زرعه، أو الإذن فی إبقائه مجّاناً، أو بالاُجره . (النائینی).

فبالنسبه إليه يكون، كما لو ترک الزرع أصلاً حتّی انقضت المدّه فیجری فیه الوجوه السّته(۱) المتقدّمه(۲) فی تلک المسأله(۳) . وأمّـا بالنسبه إلی الزرع الموجود: فـإن کـان البـذر من المالـک فهو له(۴) ، ویسـتحقّ العامـل اُجره عمله(۵) علی إشـکالٍ فی صوره(۶)

ص: ۴۴۷

۱- ۱. قد عرفت أنّ المختار استحقاق المالک اُجره مثل تمام منافع الأرض . (آقاضیاء). * فی احتمال جریان بعضها إشکال . (المرعشی).

۲- ۲. قـد مرّ فی تلـک المسأله ما هو الأوجه منها، فکـذا فی هـذه المسأله، بل هنا أولی .(الإصـفهانی). * وقـد تقـدّم فی تلک المسأله ما هو الأقرب والأوجه منها، فکذا هنا . (الإصطهباناتی). * لیس علیه إلّا ضمان اُجره مثل الأرض . (الفانی).

۳- ۳. وقد تقدّم أنّ الأقرب الأوّل . (السبزواری).

۴- ۴. ولا یستحقّ غیره، ولا یجری شیء من الوجوه المتقدّمه . (الکوه کَمَری).

۵- ۵. بـل لاـ یسـتحقّ . (عبـدالهادی الشـیرازی). * لیس للعامل اُجره مطلقاً؛ إذ لا یسـتند عمله إلی مالک الأرض؛ لأنّه لم یأتِ بماعقـد علیه، وما أتی به فغیر مضـمونٍ علی المالک؛ لعـدم اسـتناده إلیه بعقـدٍ أو استیفاء،ومن هنا ظهر أنّه لا فرق بین علم الزارع بـالتعیین وعـدمه، والتعلیـل بإقـدامه فی هـذهالصوره علی هتک حرمه عمله تعلیل بما لا یحتاج إلیه؛ لأنّه تعلیل بوجود المانعفی صوره عدم وجود المقتضـی؛ لأنّه لا سـبب لضمان المالک اُجره عمل الزارع فیمالا عقد علیه ولا استیفاء له منه . (الفانی). * بل لا یستحقّ، من غیر فرقٍ بین صورتَی العلم والجهل . (الروحانی).

۶- ۶. بل مطلقاً حتّی فی صوره جهله . (الإصفهانی).

علمه(۱) بالتعیین وتعمّده الخلاف(۲) ؛ لإقدامه(۳) حینئذٍ علی هتک حرمه عمله. وإن کان البذر للعامل کان الزرع له، ویستحقّ المالک علیه اُجره الأرض(۴) ، مضافاً(۵) إلی ما استحقّه(۶) من بعض الوجوه المتقدّمه،

۱- ۱. بل وفی صوره جهله أیضاً، نعم، لا یبعد استحقاقه لها علی ما عمله قبل التخلّفمن الأعمال المشترکه . (البروجردی). * بل مطلقاً حتّی فی صوره جهله . (أحمـد الخونساری). * بل وفی صوره جهله . (عبدالله الشـیرازی). * وکذا فی صوره جهله؛ لأنّ جهـل العامـل بعـدم جواز ذلـک التصـرّف لاـ یوجباسـتحقاق الاُـجره للعمـل الغیر المـأذون من المالک، ولا فرق فیما أتی به من الأعمـالبین أن یکون مشترکـاً بین المـأتیّ به ومـا أعرض عنه، أو یکون مختصّـاً بأحـدهما؛ لأنّالمجموع عمل غیر مأذونٍ فیه، وأمّا المالـک فلیس له زائـداً علی الزرع الموجـود إلّاالتفـاوت بین المسـتوفاه ومـا فـات منه من منفعه الأـرض، ولاـ تجری فیه الوجـوه الستّهالمتقدّمه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل مطلقاً . (اللنکرانی).

۲- ۲. بل فی صوره عدم التعمّد والجهل أیضاً محلّ إشکال، بل منع . (الخمینی).

۳- ۳. قد مرّ غیر مرّهٍ أنّ أمثال هذه الإقدامات لا تستلزم التبرّع بالعمل، فما أفاده غیرصافٍ عن شوبِ الإشکال . (المرعشی).

۴- ۴. بل یستحقّ أکثر الأمرین . (عبدالهادی الشیرازی).

۵- ۵. لیس علیه إلّا اُجره الأرض، ولا معنی للضمان مرّتین، کما بیّنّا سِرّه فی بابالإجاره . (الفانی).

۶- ۶. لو قلنا به . (الإصـفهانی). * بل یسـتحقّ اُجره الأرض فقط، ولا یسـتحقّ شـیئاً آخر . (الکوه کَمَری). * تقدّم فی المسأله السابقه أنّ الأقوی فی صوره ترک الزارع الزراعه ضـمان منافعالأرض لو کانت الأرض تحت استیلاء الزارع، فالضـمان فی المقام ضمان الید، سواءاسـتوفی منفعته أم لم یستوفِ، ولا موجب لضمانین هنا، ولو جوّزناه فی المنافعالمتضادّه، وإن کان الأقوی عدمه هناک أیضاً، وقـد تقـدّم فی الإجاره؛ فعلیه لا یسـتحقّالمالک أزید من اُجره الأرض . (الشـریعتمداری). * بناءً علی ما اسـتقربناهُ من الوجه الأوّل لا وجه لاستحقاق شیءٍ آخر علیه .(السبزواری).

ولا يضرّ استلزامه(۱) الضمان للمالك من قبل أرضه مرّتين(۲) على ما بيّنّا(۳) فی محلّه؛ لأنّه من جهتين(۴) ، وقد ذكرنا نظير

۱- ۱. إلّا سخافه الرأی . (الفيروزآبادی). * محلّ إشكال، وتقدّم الإشكال فی ما ذكره فی الإجاره . (الإصطهباناتی).

۲- ۲. وتقدّم ضعفه، وكونه أشبه بالخطابه . (جمال الدين الگلپايگانی). * من جهه ضمان المنافع الفائته بسبب قبض العين مضمونه، ومن جهه تصرّفه فيهابغير طريق المأذون فيه من صاحبها . (المرعشی).

۳- ۳. وتقدّم ضعفه، وكونه أشبه بالخطابه . (النائينی).

۴- ۴. الأقوى أنّه لا يضمن من العين أزيد من واحدٍ من منافعها المتضادّهوإن كان مع تعدّد الجهه، بل وتحقّق جهه الضمان بالنسبه إلى الأزيد غير ممكنٍفی غير باب المعاوضات، نعم، مع اختلافها بحسب الاُجره فالظاهر ضماناًكثرها اُجره . (البروجردی). * خلاف التحقيق، مع ما قلنا فی الإجاره : إنّه خلاف مدلول صحيحه أبی ولّاد (الوسائل : الباب (۱) من أبواب كتاب الوديعه، ح ۹.) ،وما ذكر إذا علم فی الأثناء فبالنسبه إلى الزمان الباقی يكون المالك مخيّراً بينالإبقاء مع الاُجره أو مجّاناً وبين القلع . (عبدالله الشيرازی). * قد مرّ فی الإجاره أنّ المضمون من عينٍ واحدهٍ فی زمانٍ واحدٍ لا يكون أكثر من منفعهٍ واحده، نعم، مع الاختلاف هو الأكثر قيمه . (محمّد رضا الگلپايگانی). * الظاهر عدم تعدّد الجهه هنا، وثبوت اُجره المثل فقط . (اللنكرانی).

ذلک(۱) فی الإجاره(۲) أیضاً.

وعلی الثانی(۳) یکون المالک مخیّراً بین أن یفسخ المعامله _ لتخلّف شرطه، فیأخذ اُجره المثل(۴) للأرض(۵) ، وحال الزرع الموجود حینئذٍ ما ذکرنا من کونه لمن له البذر _ وبین أن لا یفسخ(۶) ، ویأخذ حصّته من الزرع

۱- ۱. وقد أوضحنا فساده . (الفیروزآبادی).

۲- ۲. قد مرّ الإشکال علیه فیها، وأنّ علیه أکثر الأمرین من الاُجره المسمّاه واُجرهالمثل، وفی المقام أیضاً لا یستحقّ المالک غیر اُجره المثل لأرضه، وأرش نقصها لوحصل بالزرع، ولا یلاحظ فی اُجره المثل . (الخمینی).

۳- ۳. أی الشرطیّه . (المرعشی).

۴- ۴. لیس له اُجره المثل مع کون البذر له، ومع کونه للزارع فللمالک اُجره الأرضفقط . (الکوه کَمَری). * بالنسبه إلی ما مضی من الزمان بعد تسلیم العین، وإن فسخ المالک فله الإلزامبالقلع، وله الإبقاء مع رضا صاحب الزرع . (المرعشی).

۵- ۵. بالنسبه إلی الزمان المتقدّم علی الفسخ إن قلنا برجوع الفسخ إلی المعامله من أوّلالأمر، وأمّا بالنسبه إلی ما بعده فله القلع، ولهما التراضی بالبقاء مع الاُجره إن کانالبذر من العامل . (البروجردی). * إذا کان البذر من العامل واختار الفسخ فعلیه اُجره المثل للأرض بالنسبه إلیالزمان المتقدّم، وبعد الفسخ فللمالک أن یأمر بالقلع، ولهما التراضی بالبقاء علی ماتراضیا . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بالنسبه إلی ما مضی، وأمّا بالنسبه إلی غیره فیُقدَّم حکمه فی المسأله (۶).(السبزواری).

۶- ۶. الأظهر أنّه یتخیّر بین الوجهَین الأوّلَین . (الروحانی).

الموجود بإسـقاط حقّ شـرطه، وبين أن لا يفسـخ، ولكن(١) لا يسقط(٢) حقّ شـرطه أيضـاً، بل يُغرّم(٣) العامل(۴) على بعض الوجوه الستّه المتقدّمه(۵) ، ويكون(۶) حال الزرع الموجود

۱- ۱. الأقوى أنّه مخيّر بين الوجهَين الأوّلَين . (عبدالهادى الشيرازى).

۲- ۲. لا معنى لإقرار العقد بعدم فسـخه وعدم إسقاط حقّ الشرط؛ إذ تخلّف الشرط لايوجب إلّا خيار الفسخ، الّذى هو عباره عن السلطنه على فسخ العقد وإبرامه .(الفانى).

۳- ۳. الغرامه مع عدم الفسخ واشتراك الحاصل مشكله . (المرعشى).

۴- ۴. قد مرّ أنّ الأوجه عدم الغرامه . (الإصفهانى). * لا وجه للغرامه أصلًا . (الكوه كَمَرى). * فيه تأمّل . (الإصطهباناتى). * محلّ تأمّل وإشكال . (الشريعتمدارى). * لا وجه للغرامه فى المقام حتّى بالنسبه إلى ما به التفاوت، مع فرض عدم الفسخ،وكون الحاصـل مشتركـاً بينهمـا . (محمّـد رضـا الگلپايگـانى). * لو أمكن التفكيـك عرفـاً فى مورد خيـار تخلّف الشـرط بين الالتزام بالمعامله فيالجمله وإعمال الخيار من جهه اُخرى فيكون إسـقاطاً للحقّ من جههٍ، وإعمالاً له من اُخرى، ولكنّه مشـكل؛ لأنّ المُنساق عرفاً وحده الحقّ، مع أنّه على فرض صحّته لايجرى على ما استقربناه من الوجوه السِتّه . (السبزوارى).

۵- ۵. مرّ مـا هو الأـقوى بينهـا، فهاهنا أيضاً ليس له إلّا التخيير بين الفسـخ والإبقاء، فيأخذحصّـته من غير غرامهٍ زائـده، ومع عـدم الفسخ تكون الزراعه بينهما، لا لمالك الزرع،كما فى المتن . (الخمينى).

۶- ۶. مع فرض عـدم الفسخ لا وجه لاختصاص الزرع الموجود بمالك البذر، بل يكونمشتركاً بينهما على ما شـرط؛ لفرض عدم الفسخ، وعدم تقيّد متعلّقه بمفاده، وأمّاالتغريم فالظاهر أيضاً عدم ثبوت الوجه له، خصوصاً على ما يستفاد من العباره منكونه ناشئاً عن ترك الزرع الخاصّ، لا إيجاد زرعٍ آخر حتّى يمكن أن يقال : إنّه عليثبوت التفاوت بين الزَرعَين . (اللنكرانى).

كما مرّ من كونه لمالك البذر(۱) .

لو زارع على أرضٍ لا ماء لها

(مسأله ۱۰) : لو زارع على أرضٍ لا ماءَ لها فعلاً، لكن أمكن تحصيله بعلاجٍ من حفر ساقيهٍ أو بئرٍ أو نحو ذلك: فإن كان الزارع عالماً بالحال صحّ ولزم، وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ(۲) .

---

۱ - ۱. بل يكون لكليهما بحسب حصّتيهما، فإنّ المفروض تعدّد المطلوب وعدم فسخالعقد . (الإصطهباناتی). * بل يكون بينهما بمقتضى العقد المفروض عدم فسخه وعدم تقيّد متعلّقهبمفاد الشرط، وأمّا تغريم العامل فإن صحّ فإنّما يصحّ على ما به التفاوتبين الزرعين، لا ـ على ترک الزرع الخاصّ، كما هو ظاهر العباره، لكنّه محلّإشكالٍ مطلقاً . (البروجردی). * الظاهر اشتراكهما فی الحاصل فی صوره عدم الفسخ، كما هو المفروض، بناءًعلى مبنی الاشتراک . (المرعشی). * مع فرض عدم الفسخ فالحصّه مشتركه بينهما لا محاله . (محمّد رضا الگلپايگانی). * مع بقاء العقد، كما هو المفروض يكون بينهما بحسب ما عيّناه . (السبزواری).

۲ - ۲. إذا كان تحصيل الماء ضرراً عليه . (عبدالهادی الشيرازی). * بل لا ـ يبعد بطلان المعامله؛ لجهاله وصف الأرض . (صدرالدين الصدر). * إذا عُدّ ذلک ضرراً أو عيباً، أو كان هناک شرط ضمنیّ . (مهدی الشيرازی). * إذا كان الصبر ضرراً على العامل . (الفانی). * لتخلّف الوصف فيما إذا كان العقد مبنيّاً على أنّ لها الماء فعلاً، كما هو الغالب .(محمّد رضا الگلپايگانی). * مع كون التحصيل خلاف المتعارف . (السبزواری). * فيما إذا كان ذلک عيباً، أو نحو ذلک . (محمّد الشيرازی).

وکذا(۱) لو کـان المـاء مسـتولیاً علیها وأمکن قطعه عنها. وأمّا لو لم یمکن التحصـیل فی الصوره الاُولی أو القطع فی الثانیه کان باطلًا، سواء کان الزارع عالماً أم جاهلًا، وکذا لو انقطع فی الأثناء ولم یمکن تحصیله ،أو استولی علیها ولم یمکن قطعه.

وربّما یقال بالصحّه مع علمه بالحال، ولا وجه له وإن أمکن الانتفاع بها بغیر الزرع؛ لاختصاص المزارعه بالانتفاع بالزرع.

نعم، لو اسـتأجر أرضاً للزراعه(۲) مع علمه بعـدم المـاء وعـدم إمکان تحصـیله أمکن الصـحّه؛ لعـدم اختصاص الإجاره بالانتفاع بالزرع، إلّا أن یکون علی وجه التقیید فیکون باطلًا أیضاً.

تعیین من علیه البذر

(مسأله ۱۱) : لا فرق فی صـحّه المزارعه بین أن یکون البذر من المالک أو العامل أو منهما، ولابدّ من تعیین ذلک، إلّا أن یکون هناک معتاد ینصرف إلیه الإطلاق.

وکذا لا فرق بین أن تکون الأرض مختصّهً بالزارع(۳) ، أو مشترکهً(۴)

ص: ۴۵۳

۱- ۱. إذا کان تحصیل الماء ضرراً علیه . (عبدالله الشیرازی).

۲- ۲. أی بداعی الزراعه . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. الظـاهر أنّ المعتبر فی عنوان المزارعه کون الأـرض من المالـک، نعم، لو کـان عمومقوله تعـالی : (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) شاملًا لغیره یلزم الوفاء به . (عبدالله الشیرازی).

۴- ۴. فإیقـاع المزارعه منه بالنسـبه إلی حصّـته، لاـ إلی حصّه العامل . (المرعشـی). * المزارعه بین العامل وشـریکه فی الأرض بالنسـبه إلی حصّـه الشـریک لاـ إشـکالفیه، وأمّـا بالنسـبه إلی حصّه نفسه فلاـ تصـحّ، إلّـا إذا کـان البـذر من الشـریک . (محمّد رضاالگلپایگانی).

بینه(۱) وبین العامل(۲) . وکذا لا ـ یلزم أن یکون تمام العمل علی العامل، فیجوز کونه علیهما(۳) ، وکذا الحال فی سائر المصارف.

وبالجمله(۴) : . . . .

ص: ۴۵۴

۱- ۱. فیوقع المزارعه بالنسبه إلی حصّته، لا إلی حصّه العامل . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. الظاهر أنّه یعتبر فی المزارعه کون الأرض من أحدهما، والعمل من الآخر .(عبدالهادی الشیرازی). * بالنسبه إلی حصّه المالک . (الفانی). * الظاهر أنّه یعتبر فی المزارعه کون الأرض من أحدهما، والعمل من الآخر، ومعذلک تصحّ المزارعه فی الأرض المشترکه بالنسبه إلی حصّه المزارع، کما تصحّ فیماإذا کانت الأرض منهما والعمل منهما أیضاً فإنّه یرجع حینئذٍ إلی مزارعَتین، وکلّواحدٍ مزارعٌ فی نصیبه، وعامل بالنسبه إلی نصیب غیره . (الروحانی).

۳- ۳. المزارعه : عباره عن تسلیط المالک الزارع علی أرضه بالزرع، وإتیان العامل العملالزراعیّ فیها، فالأرض من المالک والعمل من العامل رکنان مقوّمان للمزارعه، نعم،یجوز اشتراط عملٍ علی المالک علی نحو الالتزام فی ضمن المزارعه؛ لعموم « المسلمون عند شروطهم »(الخلاف للطوسی : ۳/۱۰ ، تذکره الفقهاء للعلّامه الحلّی : ۱۰/۲۵۰ ، کتاب الاُمّ للشافعی : ۵/۸۰ ،المدوّنه الکبری لمالک : ۴/۳۶۵ ، المبسوط للسرخسی : ۱۳/۹۲.). (الفانی). * وحینئذٍ تصحّ المزارعه بالنسبه إلی مقدار عمل العامل فقط، نعم، لو کان البذر أوالبقر أو هما معاً من العامل فتصحّ المزارعه فی الکلّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. الظاهر أنّ کون الأرض لأحد المتعاقدین والعمل من الآخر من أرکان المزارعه دون البقیّه، فهی منوطه بالشرط . (صدرالدین الصدر). * المعتبر فی المزارعه کون الأرض من أحد المتعاقدین، والعمل من الآخر، وأمّاغیرهما فهی متوقّفه علی ما شرط فیها . (المرعشی).

هنا(۱) اُمور أربعه: الأرض(۲) ، والبذر، والعمل، والعوامل، فيصحّ أن يكون(۳) من أحدهما(۴) أحد(۵) هذه(۶) ، . . .
. . .

۱- ۱. الظاهر أن يكون الأرض والعمل ركنَى هذه المعامله، والبقيّه تابعه للاشتراط، أوالمتعارف . (جمال الدين الگلپايگانى).

۲- ۲. الظاهر أن يكون الأرض والعمل ركنَى هذه المعامله، والبقيّه تابعه للاشتراط، أوالتعارف . (النائينى).

۳- ۳. إذا كـانت الأرض منهما والعمل أيضاً منهما يرجع إلى مزارعتَين لكلّ واحـدٍ مزارعٌفى نصـيبه، وعامل بالنسـبه إلى نصـيب غيره . (الكوه كَمَرى).

۴- ۴. كيف يصـحّ أن يكون البـذر مثلاً من أحـد المتعاملين والأرض والعمل والعوامل منالآخر وتكون هذه المعامله مزارعه؟ ! (الفـانى). * المتيقّن فى المزارعه مـا تضـمّنه صـحيح يعقوب بن شـعيب قـال : سـألته عنـالمزارعه؟ فقال : « النفقه منك، والأرض لصاحبها »(الوسائل : (۱۰) من أبواب بيع الثمار، ح ۵.) ، وفى غير هذا المورد الُاوليإتمامها بعقد الصلح . (حسن القمّى).

۵- ۵. الظاهر أنّه يعتبر فى حقيقه المزارعه كون الأرض من أحـدهما، والعمل من الآخر،وأمّا البذر والعوامل فبحسب ما شـرطا . (الإصفهانى).

۶- ۶. فى هـذا التعميم إشـكال؛ فإنّ الظاهر أنّه يعتبر فى المزارعه كون الأرض منأحدهما، والعمل من الآخر، كما يظهر منه مراراً مـن أنّ حقيقـه المزارعـه تمليـك مالكالأـرض حصّـهً من منفعتهـا من الزارع بحصّهٍ من عمله، نعم، فى البقيّه يكـون عليحسب ما اشترطـاه . (الإصـطهباناتى). * يعتبر فى المزارعه كون الأـرض من أحـدهما، والعمـل من الآخر، وأمّا البـذروالعوامل فبحسب ما شُرط . (أحمد الخونسارى). * القدر المقطوع هو كون الأرض من أحدهما، والعمل من الآخر . (محمّد الشيرازى).

ومن(۱) الآخر البقیّه(۲) ، ویجوز أن یکون من کلٍّ منهما اثنان منها، بل یجوز أن یکون من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر البقیّه، کما یجوز الاشتراک فی الکلّ، فهی علی حسب ما یشترطان، ولا یلزم علی مَن علیه البذر دفع عینه، فیجوز له دفع قیمته، وکذا بالنسبه إلی العوامل، کما لا یلزم مباشره العامل بنفسه، فیجوز له أخذ الأجیر علی العمل إلّا مع الشرط.

حکم عقد المزارعه بین أزید من اثنین

(مسأله ۱۲) : الأقوی(۳) جواز(۴) . . . .

ص: ۴۵۶

۱- ۱. حقیقه المزارعه : عباره عن تملیک مالک الأرض حصّیته من منفعتها بإزاء عملالآخر، فالمالک لابدّ وأن یکون غیر العامل، وهما رکنان فی باب المزارعه، وأمّاالبذر والعوامل فتابع لما شرطاه . (البجنوردی).

۲- ۲. هذه التوسعه لا تلائم ما یظهر منه فی مواضع من أنّ حقیقه المزارعه تملیکمالک الأرض حصّهً من منفعتها من الزارع بحصّه من عمله، وکذا ما فیالمسأله التالیه . (البروجردی). * الأحوط فیما کان الأرض والعمل من واحد إتمامه بالصلح . (مهدی الشیرازی). * نعم، ولکنّ الغالب کون الأرض من المالک والعمل من العامل، فینزَّل الإطلاقعلیه لو لم تکن قرینه علی الخلاف . (السبزواری).

۳- ۳. بل الأقوی عدم جوازه، نعم، لو اشترط البذر والعوامل علی العامل فلا یبعد جوازتشریکه مَن یبذل کلّاً منهما فی حصّته من الحاصل . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. بل الأقوی عدم جوازه؛ للشکّ فی صدق المزارعه علی غیر ما یکون بین صاحبالأرض والعامل، وعلی فرض تسلیم الصدق لا نُسلِّم شمول الإطلاقات، وکفایهالعمومات العامّه، نعم، مع اشتراط البذر والعوامل علی العامل فلا یبعد جواز أنیشرک مَن یبذل کلّاً منهما فی حصّیته من الحاصل . (الإصطهباناتی). * محلّ إشکال . (أحمد الخونساری). * هذا وإن لا یخلو من قرب لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط بإیقاعها بین الاثنین، بللا یُترک حتّی الإمکان . (الخمینی).

عقد(١) المزارعه(٢) بين أزيد من اثنين(٣) بأن تكون الأرض من واحد، والبذر

ص: ۴۵۷

١- ١. لاـ تقع المزارعه إلّا بين مالك الأرض وبين الزارع، نعم، اشتراط حصّه منالحاصل لباذل البـذر، أو العوامل إذا كان غيرهما جائز؛ لعموم « المؤمنون عندشـروطهم »(الخلاف للطوسـى : ٢/١١۵ ، ٣٨٧ ، ٣/١٣ ، ٣١ ، ٣۴ ، ۴/۴٣٠ ، المهـذّب لابن البرّاج : ١/٣۵۵ ، ٢/٢١٢ ، غُنيه النزوع لابن زهره الحلبى : ٢١۵ ، السرائر : ٢/٢۴۵ ، المغنى لابن قدامه : ۴/٣۵۴ ، ١٠/۵۵٠.). (الفانى).

٢- ٢. لا يخلو من إشـكال؛ لما ذكرنا من أنّ حقيقه المزارعه هو تمليك المالك حصّته منمنفعه الأرض بإزاء عمل العامل، فعقد المزارعه لابـدّ وأن يقع بين المالك والعامل،والبذر والعوامل تابعان لِمَا يشترطان إن لم يكن انصـراف فى البَين . (البجنوردى). * فيه إشـكال؛ من جهه كون المتيقّن مـا يكون بين الاـثنين، نعم، لو جـاز التمسّـكبعموم (أَوْفُوا بِالعُقُودِ) فى المقام تتمّ الشُـقوق المذكوره . (عبدالله الشـيرازى). * فيه تأمّل وإشـكال، والمتيقّن من الأدلّه ما كان بين الاثنين، بل يمكن دعوياسـتفاده المنع من خبر أبى الربيع الشامى (الوسائل : الباب (٨) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح ١٠.) وما بمضمونه، كما نبّه عليه فيالجواهر (راجع جواهر الكلام : ٢٧/٣۴.). (الروحانى).

٣- ٣. هـذا وإن كـان غير بعيـدٍ على مـا قوّينـاه من كون المزارعه من سـنخ المشاركـاتلكنّ إثبـاته بالـدليل مع ذلك لا يخلو من إشكال؛ إذ المتيقّن منها ما يكون بين الاثنين . (البروجردى). * فيه إشكال . (عبدالهادى الشيرازى).

من آخر، والعمل من ثالث، والعوامل من رابع، بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلک، کأن يکون بعض البذر من واحد، وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبه إلى العمل والعوامل؛ لصدق المزارعه، وشمول الإطلاقات(١) ، بل يكفى العمومات(٢) العامّه، فلا وجه(٣) لِما(٤) فى المسالك(۵) من تقويه عدم الصحّه(۶) بدعوى: أنّها على خلاف الأصل، فتتوقّف على التوقيف من الشارع، ولم يثبت عنه ذلک.

ودعوى: أنّ العقد لابدّ أن يكون بين طرفَين موجب(٧) وقابل، فلا يجوز

ص: ۴۵۸

١- ١. هذا غير صافٍ عن الإشكال . (المرعشى).

٢- ٢. لكن لا تجرى الأحكام الخاصّه . (الفيروزآبادى). * تقدّم أنّ العمومات لا تشمل مثل هذه المعاملات، والدليل الخاصّ غير موجود؛ومن هنا فالأقوى عدم جواز عقد المزارعه بين أزيد من اثنين . (الخوئى).

٣- ٣. بل هو الأوجه لِمَا ذكره طاب ثراه . (صدرالدين الصدر).

۴- ۴. ما قوّاه فى المسالک (مسالک الأفهام : ۵/۲۶.) هو الأقوى؛ للشکّ فى صدق المزارعه على غير ما يكونبين صاحب الأرض والعامل، ولو سُلِّم فليس لها إطلاقات تشمله، وكفايه العموماتالعامّه ممنوعه . (الإصفهانى).

۵- ۵. قد سلک المسالک مسلک التحقيق . (الكوه كَمَرى). * الأحوط فى غير مورد اليقين الإتمام بالصلح . (حسن القمّى).

۶- ۶. لعلّ نظره الشريف فيما إذا لم تصدق المزارعه عرفاً، أو شکّ فى الصدق، فيكونالتمسّک بالعمومات والإطلاقات تمسّكاً بها فى الشبهه المصداقيّه . (السبزوارى).

٧- ٧. واحد واقعاً وظاهراً، أو متعدّد فى حكم الواحد، والقابل كذلک . (المرعشى).

تركّبه من ثلاثةٍ أو أزيد على وجهٍ تكون أركاناً له مدفوعه بالمنع، فإنّه أوّل الدعوى(۱) .

مزارعه العامل غيره

(مسأله ۱۳) : يجوز للعامل أن يشارك(۲) غيره(۳) في مزارعته(۴) أو يزارعه في حصّته(۵) ، من غير فرقٍ بين أن يكون البذر(۶) منه أو من المالك، ولا يشترط فيه إذنه. نعم، لا يجوز(۷) تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلّا بإذنه(۸) ، وإلّا(۹) كان ضامناً، كما هو كذلك في الإجاره أيضاً. والظاهر(۱۰)

ص: ۴۵۹

۱- ۱. بل هو الحقّ المحقّق، وليس بمصادره، ولكنّ الوحده أعمّ في الطرفَين، كما أشرناإليه . (المرعشي).

۲- ۲. إلّا في صوره اشتراط الانفراد . (المرعشي).

۳- ۳. بصلحٍ أو إجارهٍ مع تعيين العمل، والأُجره لا بعنوان المزارعه . (مهدي الشيرازي). * بأن يجعله شريكاً في حصّته . (محمّد رضا الگلپايگاني).

۴- ۴. إن اُريد به نقل بعض حصّته إلى غيره فهو محلّ منع قبل ظهور الحاصل، وإن اُريدبه اشتراك غيره في مزارعته فهو عين قوله، أو يزارعه في حصّته . (الخوئي).

۵- ۵. فيه تأمّل، بل منع . (صدرالدين الصدر).

۶- ۶. الأحوط الاقتصار على صوره كون البذر منه . (الكوه كَمَري).

۷- ۷. الأظهر هو الجواز، وعدم الضمان، كما تقدّم نظيره في الإجاره . (الروحاني).

۸- ۸. الكلام فيه كما مرّ في الإجاره . (الخوئي). * على الأحوط . (محمّد الشيرازي).

۹- ۹. الكلام فيها كما مرّ في الإجاره . (حسن القمّي).

۱۰ - ۱۰. فيه وفي نقل حصّته قبل ظهور الحاصل إشكال، وكون عقد المزارعه من العقوداللازمه لا يقتضي جواز ذلك . (الإصفهاني). * إن كان المراد من نقل مزارعته إلى الغير : هو إيقاع عقد مزارعهٍ آخَر معه يكونالعامل فيه بمنزله المالك في الأوّل، غايه الأمر أنّ الفرق بينه وبين الفرض المتقدّم : أنّه هناك يكون العامل الثاني طرفاً للعامل الأوّل، وهنا يكون كأنّه الطرف للمالك،فالظاهر عدم الجواز؛ لافتقار ذلك إلى فسخ المزارعه الاُولى وإيجاد مزارعه جديده،ومع فرض الفسخ يكون العامل الأوّل أجنبيّاً محضاً . وإن كان المراد نقل حصّتهوسهمه إلى الغير بصلحٍ ونحوه بعوضٍ أو بدونه فهو وإن كان جائزاً إلّا أنّه لا يصيرالعامل الثاني بذلك كأنّه هو الطرف للمالك، بل الطرف له هو الأوّل، ويجب عليهالقيام بأمر الزراعه ولو من دون مباشره، مضافاً إلى أنّه لا يبقى الفرق حينئذٍ بين هذاالفرض والفرض الآتي . (اللنكراني).

جواز(۱) نقل(۲) مزارعته(۳) إلى الغير ـ بحيث يكون كأنّه هو الطرف

ص: ۴۶۰

۱- ۱. فى جوازه وجواز نقل الحصّه قبل ظهور الحاصل تأمّل، والتعليل المزبور غيرناهضٍ لإثبات ذلك . (الإصطهباناتى). * فيه وفى ما بعده نظر والتعليل المذكور غير تامّ، خصوصاً فى صوره اشتراطالمباشره . (مهدى الشيرازى). * محلّ تأمّل وإشكال . (أحمد الخونسارى). * فيه وفى نقل حصّيته قبل ظهور الحاصل إشكال، وكون عقد المزارعه من العقوداللازمه لا يقتضى جواز ذلك . (عبدالله الشيرازى). * ليس هذا من المزارعه، ولا يجوز عقد المزارعه كذلك، ولا معنى لنقل مزارعتهإلى الغير، نعم، يجوز نقل حصّيته إلى الغير، وشرط القيام بأمر المزارعه عليه، لكنّالناقل طرف للمالك، وعليه القيام ولو تسبيباً بأمر الزراعه، كما فعل . (الخمينى).

۲- ۲. لا يخلو من تأمّل وإشكال . (الكوه كَمَرى). * فيه تأمّل، سيّما قبل الزرع إذا كان البذر من المالك . (صدرالدين الصدر).

۳- ۳. بل الظاهر عدم جوازه . (البروجردى). * بل الظاهر عدم الجواز، خصوصاً إذا اشترط المالك مباشرته، وكذلك فى ما أفادمن جواز نقل حصّته إلى غيره ولو كان قبل ظهور الحاصل، والتعليل بلزوم عقدالمزارعه لجواز النقل عليل . (البجنوردى). * بأن يكون المزارع الأوّل كالمالك يتلقّى عنه المزارع الثانى، لا من المالك؛ إذالفرض عدم فسخ المزارعه الاُولى، والجواز لا يخلو من إشكال، فلا يُتركالاحتياط بالاستئذان من المالك . (المرعشى). * لكن بأن يكون المزارع الثانى متلقّياً من الأوّل، لا من المالك، نظير المستأجر منالمستأجر، وأمّا نقل المزارعه بنحوٍ يكون الثانى مزارعاً للمالك بلا واسطه فلا يصحّإلّا بفسخ الاُولى ومزارعه جديده . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل الظاهر عدم الجواز . (الروحانى).

للمالك ــ بصلحٍ ونحوه، بعوض ولو من خارجٍ، أو بلا عِوض، كما يجوز نقل(١) حصّته(٢) إلى الغير(٣) ، سواء كان ذلك(۴) قبل(۵)

١- ١. فى صوره النقل إلى الغير بعد ظهور الحاصل لا يصير المنقول إليه طرفاً للمزارعه،بل الناقل هو العامل للمالک، وعليه القيام بأعمال المزارعه ولو بالتسبيب . (أحمدالخونسارى). * والناقل إلى المالک بعد ظهور الحاصل هو العامل، ولا يصير المنقول إليه طرفاًللمزارعه، فيلزم على الناقل القيام بوظائف المزارعه مباشرةً إن اشتُرِطت، أو تسبيباًإن لم تُشترط . (المرعشى).

٢- ٢. فيه منع إذا كان النقل قبل ظهور الحاصل . (الخوئى). * ولكن لا يصير الغير بذلک زارعاً، بل الزارع هو الناقل، ويجب عليه القيام بأعمالالزراعه ولو بالتسبيب . (الروحانى).

٣- ٣. نعم، ولكن لا يصير الغير بهذا النقل زارعاً له، ولا لصاحب الأرض، بل الناقل هوالعامل للمالک، وعليه القيام بأعمال الزراعه ولو بالتسبيب . (البروجردى).

۴- ۴. فى نقل الحصّه قبل ظهور الحاصل تأمّل وإشكال . (الشريعتمدارى، حسن القمّى).

۵- ۵. فى صحّه نقل الحصّه قبل ظهور الحاصل إشكال، والتعليل بأنّ عقد المزارعهموجب لنقل منفعه الأرض ــ نصفاً أو مثله ــ عليل؛ فإنّه لا يقتضى أزيد من ثبوتحقّ الانتفاع بالزرع من الأرض، وليست المزارعه كإجاره الأرض، كما سيأتى فيالمسأله الخامسه عشره . (اللنكرانى).

ظهور(۱) الحاصل(۲) ، أم بعده، كلّ ذلک لأنّ عقد المزارعه من العقود اللازمه(۳) الموجبه لنقل منفعه(۴) الأرض(۵) نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلی العامل، فله نقلها إلی الغیر بمقتضی قاعده السلطنه. ولا فرق فی ما ذکرنا(۶) بین أن یکون(۷) المالک شرط علیه مباشره العمل(۸)

ص: ۴۶۲

۱- ۱. فیه أیضاً تأمّل . (الکوه کَمَری). * فی نقل الحصّه قبل ظهور الحاصل تأمّل وإشکال . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. بلا إشکال فیه؛ بناءً علی القسم الأوّل الآتی فی المسأله (۱۵) ، وعلی إشکالٍ بناءًعلی القسمَین الأخیرَین . (السبزواری). * نقل حصّته قبل خروج الزرع لا یخلو من إشکال . (الروحانی).

۳- ۳. لم أفهم هذا التعلیل؛ لأنّ الترتّب صحیح وإن کان العقد جائزاً . (صدرالدین الصدر).

۴- ۴. لیس مقتضی المزارعه نقل المنفعه إلی العامل، بل مقتضاها ثبوت حقّ الانتفاعبالزرع من الأرض . (الخمینی). * هذا علی مختاره قدس سره ، ویأتی ما هو المختار فی المسأله الخامسه عشره . (محمّدرضا الگلپایگانی).

۵- ۵. بل السلطنه علی الانتفاع منه بشهاده صحّه المضاربه مع المستعیر، کما اعترف بهسابقاً . (آقاضیاء). * بل لاستحقاق التصرّف فیها والانتفاع بها . (مهدی الشیرازی). * بل للسلطنه علی انتفاعه . (عبدالله الشیرازی). * فی التعلیل نظر . (حسن القمّی). * بل الظاهر کون المزارعه من المشارکات، لا المعاوضات . (الروحانی).

۶- ۶. فی صوره اشتراط المباشره یشکل أن یشارک أو یزارع غیره . (أحمد الخونساری).

۷- ۷. صحّه مزارعه الغیر مع هذا الشرط فی غایه الإشکال . (البروجردی).

۸- ۸. إن لم تکن نتیجه الشرط کون الطرف للمالک الزارع الأوّل، وإلّا ففیه إشکال، حتّیعلی القول بالجواز . (صدرالدین الصدر).

بنفسه(۱) ، أو لا(۲) ؛ إذ لا منافاه بين صحّه المذكورات وبين مباشرته للعمل؛ إذ لا يلزم فی صحّه المزارعه مباشره العمل، فيصحّ أن يشارک أو يزارع غيره، ويکون هو المباشر دون ذلک الغير.

تبيّن بطلان العقد

(مسأله ۱۴) : إذا تبيّن بطلان العقد: فإمّا أن يکون قبل الشروع فی العمل، أو بعده، وقبل الزرع ــ بمعنی نثر الحبّ فی الأرض ــ أو بعده، وقبل حصول الحاصل، أو بعده. فإن کان قبل الشروع فلا بحث ولا إشکال. وإن کان بعده وقبل الزرع ــ بمعنی الإتيان بالمقدّمات من حفر النهر وکری الأرض وشراء الآلات ونحو ذلک ــ فکذلک(۳) .

نعم، لو حصل وصف فی الأرض يقابل بالعوض من جهه کريها أو حفر النهر لها أو إزاله الموانع عنها کان للعامل(۴) قيمه(۵)

ص: ۴۶۳

۱- ۱. يشکل صحّه المزارعه مع هذا الشرط . (الروحانی).

۲- ۲. لو لم يکن تَقَوُّم عنوان المزارعه بمباشرته . (السبزواری).

۳- ۳. يشکل ذلک، بل لا يبعد استحقاقه اُجره مثل عمله؛ باعتبار أنّه أتيبه بأمر صاحب الأرض، ولا فرق فيه بين حصول وصفٍ فی الأرض وعدمحصوله . (الخوئی). * إن لم يکن العمل بأمر المالک ولو بعنوان المطالبه لحقّه بتوهّم صحّه العقد، وإلّافله اُجره المثل لعمله . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۴- ۴. فيه إشکال، من دون فرقٍ بين أن يکون العمل بأمر المالک أو بدونه، ومن دونفرقٍ أيضاً بين أن يکون البطلان مستنداً إلی غير جعل جميع الحاصل لصاحبالأرض، أو کان مستنداً إليه . (اللنکرانی).

۵- ۵. إن کان البطلان مستنداً إلی جعل جميع الحاصل لصاحب الأرض فالأقوی عدماستحقاق العامل قيمه ذلک الوصف، وکذا لا يستحقّ اُجره العمل والعوامل فی صورهتبيّن البطلان بعد الزرع وبعد حصول الحاصل إلّا إذا اشترط عليه الاُجره لعملهوعوامله، فيستحقّ اُجره المثل، وإن کان مستنداً إلی جعل جميع الزرع للزارع لايستحقّ المالک اُجره أرضه علی العامل إلّا مع الشرط، وکذا الحال فی سائر الصورفإن کان البطلان مستنداً إلی جعل جميع الحاصل لصاحب البذر لا يستحقّ العاملولا صاحب الأرض ولا صاحب العوامل شيئاً عليه إلّا مع الاشتراط، فيکون لهماُجره المثل عليه . (الخمينی). * هذا وما بعده من اُجره الأرض والعمل وغيرهما يثبت فيما لم يکن البطلان منجهه اشتراط کون تمام الحاصل للمالک، أو کون تمام الحاصل للزارع، أمّا إذا کانالبطلان من جهه اشتراط أحد الأمرين ففی الأوّل ليس للزارع شیء من اُجره عملهوغيره، وفی الثانی ليس للمالک شیء من اُجره الأرض وغيرها . (حسن القمّی).

ذلک(۱) الوصف(۲) ، وإن لم یکن کذلک وکان العمل لغواً فلا شـیء له(۳) ، کما أنّ الآلات لمن أعطی ثمنها. وإن کان بعد الزرع کان الزرع لصاحب البذر(۴) ، فإن کان للمالک کان الزرع له، وعلیه للعامل اُجره عمله(۵)

۱- ۱. محلّ تأمّل وإشکال . (أحمد الخونساری). * إن کان العمل بأمر المالک ولو بنحو ما مرّ، وإلّا فلا وجه لضمان قیمه الوصف، کمامرّ فی أصل عمله . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. لو کان تحصیله بأمر المالک . (المرعشی).

۳- ۳. إلّا إذا کان بأمر المالک، وعلیه أیضاً غرم تفاوت الآلات ونحوها إن نقصت . (محمّدالشیرازی).

۴- ۴. تقدّم غیر مرّهٍ أنّ فی أمثال المقام لا یبعد أن یکون مقدار البذر من الزرع لمالکالبذر، والزائد علیه یُقسَّم بینهما بالنسبه العرفیّه العادله، ومع ذلک فلا ینبغی ترکالاحتیاط بالتصالح . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. محلّ إشکال، کما مرّ . (أحمد الخونساری). * فی صوره کون عمله صادراً بأمر المالک . (المرعشی). * إن کان العمل بأمر المالک، وإلّا فلا وجه لضمان الاُجره، کما مرّ . (محمّد رضاالکلپایکانی).

وعوامله(١) ، وإن كان للعامل كان له، وعليه اُجره الأرض للمالك(٢) ، وإن كان منهما كان لهما على النسبه نصفاً أو ثلثاً، ولكلٍّ منهما على الآخر(٣) اُجره مثل مـا يخصّه من تلك النسـبه، وإن كان من ثالثٍ(۴) فـالزرع له، وعليه للمالـك اُجره الأرض(۵) ، وللعامل اُجره عمله وعوامله(۶) ، ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل إن كان التبيّن قبله، بل له أن يأمر بقلعه(٧) ، وله أن يبقى بالاُجره إذا رضى صاحبه، وإلّا فليس له إلزامه بدفع الاُجره.

هذا كلّه مع الجهل بالبطلان، وأمّا مع . . . . . .

ص: ۴۶۵

١- ١. قد مرّ الإشكال فيه وفى بعض الفروض الآتيه . (اللنكرانى).

٢- ٢. بالنسبه إلى ما مضى من الزمان، وأمّا بالنسبه إلى ما سيأتى فموقوف على رضاالمالك . (أحمد الخونسارى).

٣- ٣. هذا بالنسبه إلى العامل محلّ إشكال، كما مرّ . (أحمد الخونسارى).

۴- ۴. على القول بجوازه . (الكوه كَمَرى، الروحانى).

۵- ۵. إن كانت الأرض تحت يده، أو كان الزرع بأمره، وإلّا فلا شـيء عليه بالنسـبه إلى مامضـى، نعم، بعد التبيّن لمالك الأرض إلزامه بالقلع، ولهما التراضى بالبقاء . (محمّد رضاالگلپايگانى).

۶- ۶. محلّ إشكال . (أحمد الخونسارى). * قد مرّ أنّها تابعه للأمر، كما فى نظير المسأله . (محمّد رضا الگلپايگانى).

٧- ٧. مع جبران الضرر بإعطاء الأرش . (الفيروزآبادى). * مع تدارك ضرر العامل، وإلّا ففيه نظر . (مهدى الشيرازى).

العلم(۱) فليس للعالِم(۲) منهما(۳) الرجوع(۴) على الآخر بعوض أرضه

ص: ۴۶۶

---

۱ – ۱. العلم ببطلان العقد يستلزم تسليط المالك أرضها (كذا فى أصل النسخه .) للزارع، عالماً بكونالتسليط المذكور غير موضوعٍ للعِوَض، وهكذا علم العامل بالبطلان يسلتزمعدم استناد عمله إلى مالك الأرض، فلا يكون عمله ذا عِوضٍ بمقتضى علمه،فلا اُجره مثل لعمله . (الفانى).

۲ – ۲. إذا كان إعطاء الأرض بيد الزُرّاع بعنوان الوفاء بالمعامله لا يوجب ذلك هتك مالِهولو فى العقود الفاسده، كما مرّ مراراً . (آقاضياء). * الأقوى عدم الفرق بين العلم والجهل فى جواز الرجوع؛ إذ لا متبرّع فى البَين فيأمثال هذه الموارد، ومنها ما يُذكَر بعد ذلك . (صدرالدين الصدر).

۳ – ۳. الظاهر عدم الفرق بينهما . (الكوه كَمَرى). * بل للعالم منهما الرجوع على الآخر فى ما تلف منه فى يده، أو عمل بإذنه علىالأظهر، ودعوى تبرّع العالم بماله أو عمله خلاف الوجدان، وكذا فى الفرع التالى .(مهدى الشيرازى). * العلم بالبطلان لا يستلزم التبرِع مطلقاً . (عبدالله الشيرازى). * قد مرّ أنّ العلم والجهل غير دخيلَين فى ذلك، وعدم وجاهه ما علّله به، وكذاالحال فى الفرع التالى . (الخمينى). * فيه نظر؛ لعدم الهتك مطلقاً، ولعدم قصد التبرّع مطلقاً . (محمّد الشيرازى). * قد مرّ عدم مدخليّه العلم فى رفع الضمان وسقوط المال، أو العمل عن الحرمهوصيروره الفاعل متبرّعاً . (اللنكرانى).

۴ – ۴. بل له الرجوع . (عبدالهادى الشيرازى). * لا تأثير للعلم بالبطلان شرعاً فى رفع الضمان، وليس العالِم الدافع للمال هاتكاًلحرمه ماله بعد ما كانت المعاملات مبتيّهً على الأنظار العرفيّه . (الشريعتمدارى).

أو عمله(۱) ؛ لأنّه هو الهاتِکَ(۲) لحرمه مالِه(۳) أو عمله(۴) ، فکأنّه متبرّع به(۵)

ص: ۴۶۷

---

۱ - ۱. إطلاق الحکم محلّ نظر، بل منع، نعم، إن کان سبب البطلان اشتراط کونتمام الحاصل للزارع أو اشتراط کون تمام الحاصل للمالک فلیس فی الأوّل للمالکاُجره أرضه، وفی الثانی لیس للزارع اُجره عمله، من غیر فرقٍ بین العلم بالفساد، أوعدم العلم . (حسن القمّی).

۲ - ۲. قد مرّ غیر مرّهٍ أنّ العلم بالبطلان لا یستلزم التبرّع بالعمل مجّاناًوالهتک . (المرعشی). * قد مرّ فی الإجاره منع کون التسلیم بعنوان الوفاء فی العقود الفاسده هتکاً لحرمهالمال، وموجباً لسقوط الضمان ولو مع العلم، نعم، فی مثل البیع بلا ثمنٍ یمکنالالتزام به، وإن کنا قوّینا خلافه أیضاً سابقاً . (محمّد رضا الگلپایگانی). * العلم بالبطلان شرعاً أعمّ من هتک المال عرفاً، والثانی هو المناط دونالأوّل . (السبزواری). * قد مرّ أنّ العلم بالبطلان غیر مستلزمٍ لذلک، وبه یظهر الحال فی بقیّهالمسأله . (الروحانی).

۳- ۳. إقدامه مع علمه بالبطلان لیس بهتکٍ لحرمه ماله، بل رجوع إلی اُجره المثلالّذی هو المیزان العامّ فی مثل المقام، وإنّما المُسقِط للجمیع أن یقول : إزرع ومعالبطلان لا شیء علیک . (کاشف الغطاء). * تقدّم ضعف هذه الدعوی بإطلاقها فی کتاب المضاربه . (جمال الدین الگلپایگانی). * تقدّم أنّ العلم بالبطلان لیس مستلزماً لهتکه حرمه مالِه، خصوصاً مع التفاتهإلی ترتّب الضمان . (البجنوردی). * الظاهر أنّ العلم بالبطلان غیر مستلزم لذلک . (أحمد الخونساری).

۴- ۴. قد مرّ مراراً أنّ العلم بالبطلان شرعاً غیر مستلزمٍ لذلک . (البروجردی).

۵- ۵. تقدّم ضعف هذه الدعوی بإطلاقها فی کتاب المضاربه . (النائینی). * مرّ أنّ العلم بالبطلان لا یستلزم التبرّع بالعمل، وبه یظهر الحال فیما بعده . (الخوئی).

وإن کان الآخر أیضاً عالماً بالبطلان(۱) .

ولو کان العامل بعدما تسلّم(۲) الأرض ترکها فی یده بلا زرع فکذلک یضمن أُجرتها للمالک مع بطلان المعامله؛ لفوات منفعتها تحت یده، إلّا فی صوره علم(۳) المالک بالبطلان(۴) ؛ لِمَا مَرّ(۵) .

مفاد عقد المزارعه وتحدید زمان الاشتراک فی الحاصل

(مسأله ۱۵) : الظاهر(۶) . . . .

۱- ۱. یشکل کون العلم بالبطلان موجباً لعدم الضمان الّذی تقتضیه الید العاریه (کذا فی نسخه الأصل، والظاهر (العادیّه) ، کما فی ما بعدها من تعلیقات : النائینی وجمال الدینالگلپایگانی والسیّد البجنوردی ۴ ، فلاحظ .).(الإصطهباناتی).

۲- ۲. بأن تثبت یده علیها . (أحمد الخونساری).

۳- ۳. تقدّم أنّ العلم ببطلان المعامله بمعزلٍ عن کونه رافعاً لِمَا تقتضیه الید العادیّه منضمان العین أو المنفعه . (جمال الدین الگلپایگانی). * مرّ النظر فی إطلاقه . (حسن القمّی).

۴- ۴. تقدّم أنّ العلم ببطلان المعامله بمعزلٍ عن کونه رافعاً لِمَا تقتضیه الید العادیّه منضمان العین أو المنفعه . (النائینی). * علم المالک بالبطلان لا یرفع ما هو مقتضی الید العادیّه من الضمان، لا بالنسبهإلی العین، ولا بالنسبه إلی المنفعه . (البجنوردی).

۵- ۵. مرّ النظر فی إطلاقه . (حسن القمّی).

۶- ۶. بل الظاهر أنّ مقتضی وضعها استحقاق کلٍّ منهما علی الآخر بدل ما جعله علینفسه، والتزم به من حوائج الزراعه، والعامل لا یکون له إلّا حقّ الانتفاع بالأرض،ولا یکون مالکاً إلّا لإلزام المالک بتسلیم الأرض، والمالک لیس له إلّا حقّ الانتفاعبالعمل، ولا یکون مالکاً إلّا لإلزام العامل بالعمل وغیر ذلک، ومع ذلک فالشرکه بینهما لا تتوقّف علی حصول الحاصل وبلوغه، بل تتحقّق من حین خروج الزرع إلّامع شرط الخلاف . (اللنکرانی).

من(۱) مقتضی(۲) وضع(۳) . . . .

ص: ۴۶۹

۱- ۱. بل الظاهر ــ کما أشرنا فی أوّل الباب ــ أنّه قد یکون مقتضاها ــ کإجاره الأملاک ــملکیّه العامل لمنفعه الأرض بعِوض الحصّه المقرّره من دون أن یملک صاحبالأرض علیه العمل، وقد تکون ملکیّه المالک للعمل بإزاء الحصّه من دون أن یکونالعامل مالکاً للمنفعه، نظیر إجاره الأشخاص للأعمال . هذا بالنسبه إلی منفعهالأرض وعمل العامل، وأمّا بالنسبه إلی الحصّه المجعوله عِوضاً للمنفعه أو العملفهو تابع للجعل والقرار الواقع بینهما، فتارهً یجعل حصّه من الزرع من حینطلوعه وظهوره فیشترکان فیه قصیلاً وتبناً وحبّاً، واُخری حصّه من الثمره حینانعقادها، وثالثهً حصّه منها حین بلوغها وإدراکها وزمان حصاده، ولا یخفی الثمراتالمترتّبه علی هذه الوجوه، ولابدّ من التعیین لو لم یکن تعارف یوجب الانصرافإلی أحدها . (الإصفهانی).

۲- ۲. اقتضاء عقد المزارعه لملکیّه منافع الأرض والعمل محلّ نظر، وبیانه یحتاجإلی تفصیل . (الکوه کَمَری). * الظاهر کونها أعمّ من الملکیه والحقّ، کما أنّ الظاهر الاختلاف بحسباختلاف الأمکنه والأزمنه، فقد تکون من المشارکات، وقد تکون منالمعاوضات . (السبزواری).

۳- ۳. المزارعه عباره عن تسلیط المالک أرضها (کذا فی الأصل، والظاهر (أرضه).) للزارع بحصّه من حاصلها، وإتیانالعمل من الزارع کذلک، أی بحصّهٍ من حاصلها، فلیس للعامل إلّا حقّ التصرّف فیالأرض، ولا یملک إلّا ما قرّر له من الحصّه، وهکذا لا یملک المالک عمل الزارع، بلیملک ما قرّر له من الحصّه؛ وعلی هذا فلابدّ من الرجوع إلی کیفیّه تعاقدهما علی جعل الحصّه، وأنّها هل هی عباره عن الزرع من أصل نشوئه إلی نهایه صیرورتهتِبناً، أم هو الحبّ خاصّه مثلاً؟ ! وهذا فیما کان القرار مصرّحاً به بینهما فیعقد المزارعه، وأمّا فیما عدا ذلک فلابدّ من الرجوع إلی المتعارف فیالمزارعه عموماً، أو بالنسبه إلی بلدهما، ومن هذا البیان ظهر حکم الفروعالمذکوره فی هذه المسأله . (الفانی).

المزارعه(۱) ملكيّه العامل(۲) لمنفعه . . . .

---

۱ – ۱. قـد مرّ أنّه مبنيّ على كون المزارعه من المعاوضـات، ووقوع المعـاوضه بين منفعهالأرض وعمل العامل، ولكنّ الظاهر أنّها داخله (فی نسخه الأصل (داخل) ، والصحيح ما أثبتناه .) فی قسم المشاركات فلا تقتضيملكيّه العامل لمنفعه الأرض، ولا ملكيّه مالك الأرض لعمل العامل، وإن وجب عليكلٍّ منهما بـذل ما جعل عليه من مقدّمات الزراعه . (الشـريعتمدارى). * قد تقدّم أنّ المزارعه من المشاركـات، لاـ المعاوضـات، فلاـ يملك العامل منالأرض ومنفعتها شـيئاً، ولا المالك من عمل العامل، ومع ذلك يملك العامل من حينخروج الزرع ما لم يشترط خلاف ذلك . (الروحانى).

۲ – ۲. بل لنماء الأرض تبعاً لسـلطنته على الانتفاع منها . (آقاضـياء). * بل اسـتحقاقه الانتفاع بالأرض واسـتحقاق المالك العمل على العامـل . (مهديالشـيرازى). * بـل الظـاهر أنّه لاـ يملك كلّ من المالك والعامل على الآخر شـيئاً غير إلزامه بماالتزم به من تسـليمه الأـرض أو العمـل وغير ذلـك، ومع ذلـك فالظـاهر أنّهما يشتركانمن حين خروج الزرع، إلّا أن يشـرطا خلاف ذلك . (الخـوئى). * بـل مقتضاهـا اسـتحقاق كـلٍّ منهمـا على الآـخر بـذل مـا جعله عليه، وملكيّه العاملالانتفـاع بالأـرض زراعهً، وملكيّه المالـك الانتفـاع بعمـل العامـل كـذلك . (الخمينى). * بنـاءً على مَن يراهـا من بـاب التمليك، وأمّا بناءً على العـدم فمقتضاها اسـتحقاق كـلّ واحـدٍ من المتعاقـدَين على الآـخر بـذل مـا جعـل عليه بمقتضـى المزارعه، هـذا،ولجواز الرجوع إلى عرف البلاـد والطوائف وجه موجّه، ثمّ الظاهر التعبير (بملكيّه المالك) بـدل قوله : (بملكيّه العامل) ، والتوجيه ممكن، لكنّه فيغايه البعـد . (المرعشى). * هذا على ما قلنا من أنّها بمنزله إجارتَين، لكن لا يبعد أن تكون حقيقه المزارعهتعهّداً والتزاماً من المُزارِعين بإتمام عمـل المزارعه بنحوٍ قُرّر بينهمـا؛ وعلى ذلـك لاتمليـك فی البَين، بـل يسـتحقّ كـلّ على الآـخر العمـل بما التزم به حتّى يحصـل الزرع،ويصـير سـهم منه لغير صاحب البذر . (محمّد رضا الگلپايگانى). * فی الملكيّه فی الطرفَين إشـكال، ولا يبعد الاسـتحقاق فيهما . (محمّد الشيرازى).

الأرض(۱) بمقـدار الحصّه المقرّره له، وملكيّه(۲) المالك للعمل على العامل بمقـدار حصّيته، واشتراک البذر(۳) بينهما(۴) على النسبه، سواء كان منهما، أم من أحدهما، أم من ثالث، فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبه، لا أن

۱- ۱. ولا ينافى هـذا ما بيّنه فى أوّل الباب فى المسأله المفصّله فى بيان حقيقه المزارعه،وأمّا فى الطرف الآخر فلا مانع من كونه مالكـاً لعمل العامل، فتأمّل جيّداً . (عبداللهالشيرازى). * بل استحقاق العامل الانتفاع بالأرض، واستحقاق المالك العمل على العامل،ويكون الزرع بعد الخروج مشتركاً بينهما بلا إشكال . (حسن القمّى).

۲- ۲. بـل مقتضاهـا استحقاق كلٍّ منهما على الآخر بـذل ما جعل عليه من حوائجالزارعه، وإن لم يكن مالكاً لعينه ولا منفعته . (البروجردى).

۳- ۳. فيه إشكال . (المرعشى).

۴- ۴. مع فسخ العقـد الموجب لارتفاعه وفرضه كأن لم يكن ــ لا محاله ــ يرجع كلّ منالعِوضَين أو ما بحكمهما إلى مَن انتقل عنه، فيرجع الزرع إلى مالـك البـذر، فـإن كـانهو المالـك كـان عليه اُجره مثل عمل العمل، وإن كان هو العامل كان عليه اُجره مثلالمنفعه الفائته من الأرض . (الروحانى).

يكون لصاحب البذر(۱) إلى حين ظهور الحاصل(۲) فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين، كما ربّما يُستفاد من بعض الكلمات، أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه فيصير مشتركاً فى ذلك الوقت، كما يُستفاد من بعض آخر(۳) . نعم، الظاهر(۴) جواز(۵) إيقاع(۶) العقد(۷) على أحد هذين(۸) الوجهَين(۹) ، مع التصريح والاشتراط به(۱۰) من حين العقد.

ص: ۴۷۲

۱- ۱. الظاهر أنّه تابع للتعارف، وأنّه يختلف بحسب الأزمنه والأمكنه . (عبدالهاديالشيرازى).

۲- ۲. الظاهر اختلاف الموارد فى ذلك . (الكوه كَمَرى).

۳- ۳. مُحصّلِه : أنّ مقتضى إطلاق عقد المزارعه هو الوجه الأوّل، ويتوقّف كلّ منالوجهَين الأخيرَين على اشتراطه صريحاً فى ضمن العقد . (جمال الدين الگلپايگانى).

۴- ۴. مُحصّلِه : أنّ مقتضى إطلاق عقد المزارعه هو الوجه الأوّل، ويتوقّف كلّ منالوجهَين الأخيرَين على اشتراطه صريحاً فى ضمن العقد . (النائينى).

۵- ۵. فيه إشكال . (المرعشى).

۶- ۶. محلّ إشكال . (أحمد الخونسارى).

۷- ۷. إن لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد، وإلّا ففيه إشكال، لكنّ الظاهر أنّ هذا الشرطمنافٍ لمقتضى إطلاق العقد، لا لأصله، فالشرط صحيح . (البجنوردى).

۸- ۸. بعقد الصلح، أو بالشرط، فيُضمَن عقد لازم لا بعنوان المزارعه . (مهدى الشيرازى). * لا يبعد أن تكون المزارعه أحد هذين دون غيره . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۹- ۹. صحّه إيقاعه كذلك محلّ إشكال . (البروجردى). * هذا وإن كان صحيحاً إلّا] أنّ [(أضفناه كى يستقيم السياق .) كونه مزارعةً محلّ نظر . (حسن القمّى).

۱۰- ۱۰. ومع الإطلاق ينصرف إلى المتعارَف . (السبزوارى).

ويترتّب على هـذه الوجوه ثمرات: منها: كون التبن(۱) أيضـاً مشتركاً بينهما على النسـبه على الأوّل دون الأخيرين، فإنّه لصاحب البذر.

ومنها: في مسأله(۲) الزكاه(۳) .

ومنها: في مسأله الانفساخ(۴) أو الفسخ في الأثناء قبل ظهور الحاصل(۵) .

ومنها: في مسأله مشاركه الزارع(۶) مع غيره ومزارعته معه.

ومنها: في مسأله ترک الزرع إلى أن انقضت المدّه، إلى غير ذلک.

حصول موجب الانفساخ في الأثناء

(مسأله ۱۶) : إذا حصـل مـا يوجب الانفساخ في الأثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه، كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصـيله، أو استولى عليه ولم يمكن قطعه، أو حصل مانع آخر عامّ فالظاهر(۷) لحوق حكم تبيّن البطلان من الأوّل

۱- ۱. الظـاهر أنّ التِبن من الحاصـل ومشترک بينهما مطلقاً . (محمّـد رضا الگلپايگاني). * بل التِبن عرفاً يُعَـدّ من الحاصل، فهو مشترک بينهما حتّى على الأخيرين . (محمّدالشيرازي). * لا يبعد أن يكون التبن بنفسه من الحاصل، فيكون مشتركاً بينهما على جميعالوجوه . (اللنكراني).

۲- ۲. فيه نظر، كما يظهر ممّا ذكرنا . (آقاضياء).

۳- ۳. وسيأتي الكلام فيها وفي ما يليها في المسائل التاليه : الواحده والعشرين، والسابعهعشره، والثالثه عشره، إن شاء الله تعالى . (محمّد الشيرازي).

۴- ۴. ترتّب هذه الثمره والثمره التاليه محلّ نظر، أو منع . (حسن القمّي).

۵- ۵. لا ثمره فيها على ما سيتبيّن وجهه في كتاب المساقاه . (الخوئي).

۶- ۶. مشاركه المزارع ومزارعته مع غيره مطلقاً جائزه، ومعناها عين معنى المزارعه .(محمّد رضا الگلپايگاني).

۷- ۷. بـل الظـاهر الانفساخ من حين . (الفيروزآبادي). * لا يبعـد التفصـيل بين الانفساخ في زمانٍ لم يحصل زرع مشترک ولو مثـل القصـيلأو التبن، فيحكم بالبطلاـن من الأـوّل، وبين مـا إذا حصـل ذلـک فيحكم بالانفساخ منحينه، فيكون ما حصل مشتركاً بينهما . (الخميني).

على مـا مَرّ؛ لأنّه يكشف عن عـدم قابليّتهـا للزرع، فالصحّه كـانت ظاهريّه، فيكون الزرع الموجود لصاحب البـذر(۱) . ويحتمل بعيداً(۲) كون الانفساخ(۳) من حينه، فيلحقه حكم الفسخ فى الأثناء على ما يأتى، فيكون مشتركاً بينهما(۴) على النسبه.

حصول الفسخ فى الأثناء بالتقايل ونحوه

(مسأله ۱۷) : إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ

ص: ۴۷۴

۱- ۱. تقدّم الشركه فى الزرع ووجه الاحتياط . (محمّد الشيرازى).

۲- ۲. والثانى أظهر عرفاً . (آقاضـياء). * بل لا يخلو من قوّه . (عبـدالهادى الشـيرازى). * لا بُعدَ فيه، بل الظاهر كون الانفساخ من حينه . (أحمـد الخونسـارى). * هـذا الاحتمـال قريب جـدّاً فيمـا كـان حصول موجب الانفسـاخ من انقطاع الماء، أواستيلائه اتّفاقيّاً، وعلى خلاف العاده . (الشـريعتمدارى). * إن كان المتعارَف ذلك فهو المتعيّن . (السبزوارى). * هـذا الاحتمال قريب جـدّاً فى مفروض المسـأله، الّذى هو مـا إذا حصـل الموجببعـد خروج الزرع فـإنّ الزرع الخارج مشترك بينهما ــ على ما اختاره واخترنـاه ــ منعـدم توقّف تحقّق الشـركه على ظهور الحاصـل أو بلوغه، نعم، لو كـان حصولاـلموجب قبـل خروج الزرع فالظاهر تحقّق الانفساخ من الأصل . (اللنكرانى).

۳- ۳. بيّنّا آنفاً أنّ المزارعه إذا اشـتملت الزرع من أصل نشوئه إلى أن يصـير تبناً وحصلما يوجب الانفساخ فى الأثناء كان ما نشأ من ابتـداء المزارعه إلى زمـان الانفسـاخــ قصـيلاً كان أم غيره ــ مشتركاً بينهما . وبالجمله فلابـدّ من الرجوع إلى القرارالمعاملىّ خصوصاً أو عموماً . (الفانى).

۴- ۴. سيأتى فى المسأله الآتيه أنّ الأمر ليس كذلك . (الخوئى).

فی الأثناء: إمّا بالتقایل، أو بخیار الشرط لأحدهما أو بخیار الاشتراط بسبب تخلّف ما شرط علی أحدهما فعلی ما ذکرنا من مقتضی وضع المزارعه(۱) ـ وهو الوجه الأوّل من الوجوه المتقدّمه(۲) ـ فالزرع الموجود مشترک بینهما(۳) علی النسبه(۴) ،

ص: ۴۷۵

۱- ۱. قد عرفت لزوم الرجوع إلی البناء المعاملیّ، خاصّاً أم عامّاً . (الفانی).

۲- ۲. فی المسأله المَتْلُوّه السابقه علی هذه المسأله . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. هذا لا یلائم ما تقدّم منه فی المسأله التاسعه . (المرعشی). * بل علی ما ذکره ورجّحه فی المسأله التاسعه من أنّ مقتضی وضع المزارعهالفسخ ولو من حینه یوجب رجوع تمام البذر إلی مالکه، ومنافع الأرض إلیصاحب الأرض، والعمل إلی العامل، ولزوم أُجره الأرض والعمل علی صاحب البذرإن کان غیره، وکون تمام الحاصل له إن شاء یقلعه وإن شاء یبقیه مع رضا المالک،وأمّا علی ما ذکرنا فالبذر قبل الفسخ لمالکه فضلاً عمّا بعد الفسخ، ولا تجب علیهاُجره الأرض بالنسبه إلی ما قبل الفسخ إلّا إذا کانت تحت یده، ولاـ اُجره العمل إلّاإذا کان بأمره، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع فسخ العقد الموجب لارتفاعه، وفرضه کأن لم یکن لا محاله یرجع کلّ منالعوضین أو ما بحکمهما إلی مَن انتقل عنه، فیرجع الزرع إلی مالک البذر، فإن کانهو المالک کان علیه اُجره مثل عمل العامل، وإن کان هو العامل کان علیه اُجره مثلاًلمنفعه الفائته من الأرض . (الروحانی).

۴- ۴. کیف یکون کذلک والفسخ یوجب ارتفاع العقد وفرضه کأن لم یکن؟ وتأثیرالفسخ وإن کان من حینه إلّا أنّه یوجب رجوع کلٍّ من العوضین أو ما بحکمهما إلیمن انتقل عنه؛ وعلیه فیرجع الزرع إلی مالک البذر، فإن کان هو العامل لزم علیهللمالک اُجره مثل المنفعه الفائته من الأرض، ومع ذلک کان المالک مخیّراً بینإبقاء الزرع مجّاناً، أو بالاُجره وإلزام العامل بقلعه، وإن کان هو المالک استحقّ العاملعلیه اُجره المثل . (الخوئی).

وليس(۱) لصاحب الأرض على العامل(۲) أُجره أرضه، ولا للعامل أُجره عمله بالنسبه إلى ما مضى؛ لأنّ المفروض صحّه المعامله وبقاوها إلى حين الفسخ(۳) . وأمّا بالنسبه إلى الآتی فلهما التراضی على البقاء إلى البلوغ بلا أُجرهٍ أو معها، ولهما التراضی على القطع قصيلًا، وليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضا المالك ولو بدفع أُجره الأرض(۴) ، ولا مطالبه الأرش(۵) إذا

۱- ۱. قد تقدّم منه قدس سره فی المسأله التاسعه أنّ مقتضی الفسخ رجوع مالک الأرضإلی أُجره المثل لها، والمفروض هناک وإن کان صوره حصول الفسخبعد بلوغ الحاصل إلّا أنّه لا فرق بين المسألتين من هذه الجهه، والحقّما هناک . (اللنكرانی).

۲- ۲. قد تقدّم فی المسأله التاسعه منه قدس سره ما يخالف ذلک، ولكنّ الأقوی ما ذكره هنا، كمانبّهنا عليه هناک . (البروجردی). * نعم، لكن إذا کان تخلّف الشرط موجباً لصدق التعدّی وتخلّفالزارع، وفَسَخَ المالک بخيار التخلّف کان على الزارع أُجره مثل الأرضبقاعده اليد . (الفانی).

۳- ۳. بناءً على ما استقرَبَه، وقوّيناه فی باب الإجاره من أنّ الفسخ موجب لرجوعتمام المسمّی، وللمؤجر أُجره المثل بالنسبه إلى ما مضی؛ لأنّ الفسخ يَرِد علیأصل المعامله فتكون بعد الفسخ كأن لم تكن، فهنا يلزم القول برجوع الزرع إلیمالک البذر، فإن کان هو المالک استحقّ العامل عليه أُجره مثل عمله، وإن کانهو العامل ضمن أُجره مثل المنفعه الفائته من الأرض، فإن رضی المالک ببقاءالزرع مع الأُجره فهو وإلّا لزم عليه قلعه ولكن مع ذلک فيما نحن فيه محل تأمّلفلا يُترک مقتضی الاحتياط . (حسن القمّی).

۴- ۴. بل هو مقتضی الجمع بين « لا ضَرَر » وقاعده السلطنه . (محمّد الشيرازی).

۵- ۵. فيه نظر . (الفيروزآبادی). * فيه نظر؛ لأنّ الزارع مالک للزرع بهذه الخصوصيّه بوجه صحيح، فإتلافهابلا أرشٍ ضرر عليه، فلابدّ وأن يجبر، خصوصاً مع کون الفاسخ هو المالک؛لأنّ رجوع العين إليه مشغولاً بالزرع أيضاً من قبيل رجوعه إليه معيوباً موجباًلاعتبار ضمانه على مَن بيده التلف، فيستحقّ المالک أيضاً أُجره أرضه إلى زمانحصاده، كما أنّ له قلعه بعد فسخه مع التزامه بأرشه؛ لعموم سلطنته على تخليصماله، كما لا يخفی . (آقاضياء). * فی إطلاقه نظر، كما تقدّم . (مهدی الشيرازی). * قد تقدّم منّا فی بعض الحواشی السابقه خلافه، وأنّ الأظهر وجوب الأرش لواختار المالک الصلح . (الشريعتمداری). * قد تقدّم فی المسأله (۶) بعض التفصيل . (السبزواری).

أمره المالک بالقلع، وللمالک مطالبه القسمه وإبقاء حصّته فی أرضه إلی حین البلوغ، وأَمَرَ الزارع بقطع حصّته قصیلاً.

هذا، وأمّا علی الوجهَین الآخرین فالزرع الموجود لصاحب البذر(۱) ، والظاهر(۲) عدم ثبوت شیءٍ علیه من اُجره الأرض(۳) أو العمل؛ لأنّ المفروض صحّه المعامله إلی هذا الحین، وإن لم یحصل للمالک أو العامل شیء من الحاصل فهو، کما لو بقی الزرع إلی الآخر ولم یحصل حاصل من جهه آفهٍ سماویّهٍ أو أرضیّه. ویحتمل(۴) ثبوت الاُجره علیه

۱- ۱. إذا حصل الفسخ قبل ظهور الحاصل علی أوّل الوجهین . (الخمینی). * لابدّ من تقییده بما إذا کان قبل ظهور الحاصل بالنسبه إلی أوّل الوجهین .(اللنکرانی).

۲- ۲. فیه نظر . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. إلّا إذا کانت الأرض تحت یده، أو کان العمل بأمره، کما مرّ، وصحّه المعامله لاتنافی الضمان بعد الفسخ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. لا یُعتنی بهذا الاحتمال . (الفانی). * هذا الاحتمال بعید . (محمّد رضا الگلپایگانی). * علی بُعد . (اللنکرانی).

إذا كان هو الفاسخ.

فذلكه : قد تبيّن ممّا ذكرنا فى طىّ المسائل المذكوره أنّ ها هنا صوراً :

الاُولى : وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط، والعمل على طبقه إلى الآخر، حصل الحاصل أو لم يحصل لآفهٍ سماويّهٍ أو أرضيّه.

الثانيه : وقوعه صحيحاً مع ترک الزارع للعمل إلى أن انقضت المدّه، سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أم لم يزرع أصلاً.

الثالثه(۱) : ترکه العمل(۲) فى الأثناء(۳) بعد أن زرع، اختياراً، أو لعذرٍ خاصٍّ به.

الرابعه : تبيُّن البطلان من الأوّل.

الخامسه : حصول الانفساخ فى الأثناء؛ لقطع الماء، أو نحوه من الأعذار العامّه.

ص: ۴۷۸

۱- ۱. هـذه الصوره لم تسبق منه على الظاهر وإن ظهر حکمها من سائر المسائل .(الخمينى). * يتبيّن حکم هذا ممّا قبله وإن لم يتعرّض له . (حسن القمّى).

۲- ۲. لم تتبيّن هذه الصوره ممّا سبق، لا موضوعاً ولا حکماً . (مهدى الشيرازى).

۳- ۳. هـذه الصوره لم تـذکر فى المسائل السابقه أصـلاً، لا صـريحاً ولا إشاره، أمّا المتقدّمهفى المسأله السابعه فهى ما إذا ترک الزرع أصـلاً، لا ـ مَن زَرَع وترک فى الأثنـاء،واختلافهمـا موضوعـاً واضـح، نعم، يمکن أن يتّحـدا فى الحکم وتجرى فيها الأقوال أوالاحتمالات الستّه، ويزيد احتمال أنّ على المالک أو له أن يستأجر لإتمام العملشخصاً، فيدفع له الاُجره من حصّه العامل، وهو متَّجَه جدّاً . (کاشف الغطاء). * ليس هذه الصوره من المذکورات سابقاً . (عبدالله الشيرازى).

السادسه : حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار فی الأثناء، وقد ظهر(۱) حکم الجمیع(۲) فی طیّ(۳) المسائل المذکوره، کما لا یخفی.

تبیّن مغصوبیّه الأرض بعد عقد المزارعه

(مسأله ۱۸) : إذا تبیّن بعد عقد المزارعه أنّ الأرض کانت مغصوبهً

ص: ۴۷۹

۱- ۱. لم یظهر حکم الصوره الثالثه فی المسائل السابقه، وإن ظهر بعض أحکامهامنها، فإنّ الظاهر أنّها من جهه ضمان الاُجره ومثلها، وعدمه حکمها حکم الصورهالثانیه، وأمّا من جهه ضمان البذر لو کان للمالک وکان ترک العمل موجباً لتلفهرأساً فیفترق عنها . (اللنکرانی).

۲- ۲. إلّا الصوره الثالثه، والظاهر أنّ حکمها حکم الصوره الثانیه . (المرعشی). * لم یظهر حکم الصوره الثالثه ممّا تقدّم، وأنّ حکمها (فی بعض النسخ : (وإن کان حکمها).) حکم الصوره الثانیه .(الخوئی). * إلّا الصوره الثالثه، وهی بمنزله ترک الزراعه فی جمیع الأحکام، إلّا أنّه إذا کانالبذر لغیر العامل وکان ترک العمل موجباً لتلفه فهو ضامن له، وأمّا إذا ترک العمل بعدحصول الحاصل من قصیلٍ وغیره، وکان ترک العمل موجباً لتلفه فعلی القولبالاشتراک یکون ضامناً لحصّه الشریک، وإن کان البذر له أیضاً . (محمّد رضاالگلپایگانی). * لأنّ حکم الثالثه حکم الثانیه، وإلّا فهی غیر مذکورهٍ لا حکماً ولا موضوعاً .(السبزواری). * لم یتقدّم من المصنّف قدس سره ذکر حکم الصوره الثالثه، نعم، هو وحکم الصوره الثانیهسواء . (محمّد الشیرازی). * لم یتعرّض قدس سره لحکم الصوره الثالثه، والظاهر أنّ حکمها حکم الصوره الثانیه .(الروحانی).

۳- ۳. لم یظهر حکم الصوره الثالثه فی المسائل السابقه . (البروجردی).

فمالكها مخيّر(۱) بين الإجازه(۲) ــ فتكون(۳) الحصّه له، سواء كان بعد المدّه أم قبلها، فى الأثناء أم قبل الشروع بالزرع، بشرط أن لا يكون(۴) هناك قيد أو شرط لم يكن معه محلّ(۵) للإجازه ــ وبين الردّ، وحينئذٍ فإن كان قبل الشروع فى الزرع، فلا إشكال، وإن كان بعد التمام فله اُجره المثل لذلك الزرع، وهو لصاحب البذر. وكذا إذا كان فى الأثناء، ويكون بالنسبه إلى بقيه المدّه الأمر بيده، فإمّا يأمر بالإزاله(۶) ، وإمّا يرضى بأخذ الاُجره بشرط رضا

۱- ۱. إن كان البذر من العامل . (عبدالهادى الشيرازى).

۲- ۲. الظاهر أنّ هذا العقد بقيوده غير صالحٍ للإجازه، خصوصاً بعد المدّه بل وبعد ظهورالزرع أيضاً . (البروجردى). * إذا كان البذر للعامل، وأمّا إذا كان للغاصب الّذى عامل الزارع فالزرع له، والظاهر أنّ العقد غير صالحٍ للإجازه حينئذٍ . (عبدالله الشيرازى). * هذا على ما اختاره من أنّ حقيقه المزارعه تمليك منفعه الأرض بقدر الحصّه،وأمّا على ما اخترناه من أنّها تعهّد من صاحب الأرض بتسليمها للزراعه فإن قصدالغاصب التعهّد من المالك فيمكن تصحيحه بالإجازه، وأمّا إذا تعهّد من قِبَلِنفسه تسليم أرض الغير فلا مورد للإجازه، ولا معنى لإجازه تعهّد الغير،ولا يجرى فيه الفضولىّ . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- ۳. فى كون المورد من موارد الإجازه محلّ تأمّل، بل منع . (صدرالدين الصدر).

۴- ۴. كاشتراط شخصٍ آخر، أو الغاصب كون البذر عليه . (المرعشى).

۵- ۵. كأن يجعل الغاصب البذر والنفقه على عهدته، فإجازه صاحب الأرض لا تصحّحذلك، نعم، يمكن أن يكون الغاصب أيضاً طرفاً للمزارعه؛ بناءً على جواز كون البذرلثالث، لكنّ هذا غير المنشأ . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۶- ۶. بلا أرشٍ هنا، وهكذا فى الفرض الآتى؛ من جهه عدم استحقاق الزارع خصوصيّهقيام زرعه كى به يستحقّ أرش قلعه . (آقاضياء). * وحينئذٍ لا يستحقّ صاحب الزرع عليه الأرش؛ لأنّ الزرع لم يكنبإذنه . (البجنوردى). * ويضمن الغاصب الخساره الوارده على المغصوب منه . (الخمينى).

صاحب البذر. ثمّ المغرور من المزارع والزارع يرجع فی ما خسر علی غارِّه، ومع عدم الغَرور فلا رجوع،

تبیّن مغصوبیّه البذر

وإذا تبیّن کون البذر مغصوباً(۱) فالزرع لصاحبه(۲) ، ولیس(۳) علیه(۴) اُجره الأرض(۵) ، ولا اُجره العمل(۶) .

ص: ۴۸۱

۱- ۱. ما یتعلّق بالبذر المغصوب یحتاج إلی مزید التأمّل . (الإصفهانی).

۲- ۲. هذا فیما إذا لم یودِّ بدله . (الخوئی).

۳- ۳. بل علی الزارع اُجره الأرض إن کان هو الغاصب للبذر بشرط جهل المالک،وعلی المزارع اُجره العمل إن کان غاصباً . (اللنکرانی).

۴- ۴. لکن للمالک الرجوع علی الزارع بـاُجره الأرض إن کان هو الغاصب، وللعاملالرجوع علیه بـاُجره المثل لعمله إن کان المالک غاصباً؛ لتفویت منفعه الأرض فیالأوّل، والتَغریر فی الثانی . (الفیروزآبادی).

۵- ۵. نعم، ولکن علی الزارع اُجره الأرض إن کان هو الغاصب للبـذر مع جهل مالکالأرض، وعلی المالک اُجره عمل الزارع إن کان عکس ذلک . (عبدالله الشیرازی). * ولو کان الزارع غاصباً للبذر فاُجره الأرض علیه . (الشریعتمداری). * ثمّ إنّ المغرور منهما یرجع إلی الغارّ بالنسبه إلی اُجره الأرض أو اُجره العمل،وإذا لم یکن غَرور فلاـ رجوع . (الفانی). * بل علی الزارع إن کان هو الغاصب للبذر . (المرعشی). * بل هی علی الزارع إن کان غاصباً، کما أنّ اُجره عمل الزارع علی المالک إنکان بالعکس . (السبزواری).

۶- ۶. نعم، ولکن علی الزارع اُجره الأرض إن کان هو الغاصب للبـذر مع جهل مالکالأرض، وعلی المالک اُجره عمل الزارع إن کان عکس ذلک . (البروجردی).

نعم، إذا كـان التبيّن فی الأثنـاء كـان لمالـك الأرض الأمر بالإزاله(۱) . هـذا إذا(۲) لـم يكن(۳) محـلّ للإجازه(۴) __ كمـا إذا وقعت المعامله على البـذر الكلّیّ لا المشـخّص فی الخارج أو نحو ذلك __ أو كان ولم يجز، وإن كان له محلّ وأجاز(۵) يكون هو(۶) الطرف(۷)

ص: ۴۸۲

۱- ۱. وإذا حصل خسران أو تلف على البذر فيضمنه غاصب البذر . (الفانی).

۲- ۲. يفرض هـذا الفرع بكلاـ شِقّيه فيما إذا وقعت معامله بين العامل وباذلالبـذر بشـیء من حصّه العامل، وكـذا إذا كان الباذل بنفسه طرفاً لعقـدالمزارعه؛ بنـاءً على مـا اختـاره قـدس سره من جـوازه، وإن كـان الأـقوى خلاـفه،كمـا تقـدّم . (جمـال الـدين الگلپايگانی).

۳- ۳. يفرض هـذا الفرع بكلا شِقّيه فيما إذا وقعت معامله بين العامل وباذل البـذر بشـیءمن حصّه العامل، وكـذا إذا كان الباذل بنفسه طرفاً لعقد المزارعه؛ بناءً على مااختاره قدس سره من جوازه، وإن كان الأقوى خلافه، كما تقدّم . (النائينی).

۴- ۴. المزارعه معاقـده بين مالك الأرض والزارع، ولا يكون صاحب البـذر طرفاًلها، نعم، اشتراط حصّهٍ من الربح لصاحب البذر ممكن بالشرط لا بعنوانالمزارعه . (الفانی).

۵- ۵. هذا إذا لم تكن المزارعه بين المالك والعامل مع اشتراط البذر على العامل .(المرعشی).

۶- ۶. فيه إشكال، كما تقدّم، بل فی بعض صوره منع . (حسن القمّی).

۷- ۷. هـذا إذا كـان مالـك البـذر أحـد طرفی العقـد، وإلّـا لاـ محـلّ للإجازه كما فی الصورهالّتی مرّت فی مغصوبيّه الأرض . (عبـدالله الشـيرازی). * فيمـا إذا كـان صـاحب البـذر طرفاً مسـتقلّاً للمزارعه بهـذا العنوان، وأمّا إذا كانصاحب البـذر هو العامل أو المالك فلا موقع للإجازه ، ومنه يظهر أنّ الحصّه الّتيأخذها هی الّتی لصاحب البذر بعنوانه . (اللنكرانی).

للمزارعه(۱) ، ويأخذ الحصّه(۲) الّتی کانت للغاصب(۳) .

وإذا تبيّن کون العامل عبداً غير مأذونٍ فالأمر إلی مولاه.

وإذا تبيّن کون العوامـل أو سائر المصارف مغصوبةً فالمزارعه صـحيحه، ولصاحبها اُجره المثل، أو قيمه الأعيان التالفه. وفی بعض الصور(۴) يحتمل جريان الفضوليّه(۵) وإمکان الإجازه، کما لا يخفی.

تبيّن الغصبيّه فی سائر المصارف

حکم خراج الأرض ومن عليه سائر المؤن

(مسأله ۱۹) : خَراج الأرض علی صاحبها، وکذا مال الإجاره إذا کانت

ص: ۴۸۳

۱- ۱. هـذا إذا کان باذل البـذر طرفاً للعقد مع العامل أو مالک الأرض، بل مع کليهماأيضاً؛ بناءً علی القول بصـحّه عقد المزارعه بين أکثر من اثنين، وأمّا إذا کان العقـدبين المالک والعامل مع اشتراط البذر علی الثانی فلا محلّ للإجازه، کما هو ظاهر،وبذلک يظهر الحـال فيمـا إذا کـانت العوامل أو نحوها مغصوبه، وکان صاحب العواملطرفاً للمعامله . (الخوئی). * هـذا علی مسـلکه من جواز عقـد المزارعه بين أزيد من اثنين، وکون باذل البذرطرفاً لعقد المزارعه، وأمّا بناءً علی ما ذکرناه من عدم جواز ذلک : فإن کانالمشـروط کون البـذر من المالک کان خارجاً من مفروض المسأله، وإن کان کونه منالعامل لا محلّ للإجازه، کما هو ظاهر، وبه يظهر الحال فيما إذا کانت العوامل أونحوها مغصوبه . (الروحانی).

۲- ۲. أی مقـداراً يقع بإزاء البـذر دون ما لوحظ بإزاء العمل وسائر النفقات، وهـذا الحکممبنیّ علی ما اختاره فی المزارعه، وأمّا علی المختار فقد مرّ الإشکال فی جريانالفضولیّ فيها . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- ۳. إذا کان منه البذر فقط، وإن کان منه العمل والعوامل والبذر فله أخذ ما يخصّ البذرعلی إشکال . (الکوه کَمَری).

۴- ۴. کما إذا جُعِل قِسطٌ لصاحبها . (الفيروزآبادی).

۵- ۵. إن عمّمنا الفضوليّه حتّی للغصب جرت فی الجميع، وإلّا فلا تجری فی شیءٍ منها .(کاشف الغطاء).

مستأجره، وكذا ما يصرف فى إثبات اليد عند أخذها من السلطان، وما يوخذ لتركها فى يده. ولو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلّاً صحّ وإن كانت ربّما تزادوربّماتنقص على الأقوى، فلا يضرّ(۱) مثل(۲) هذه الجهاله(۳) للأخبار(۴) .

وأمّا سائر المُوَن ــ كشقّ الأنهار، وحفر الآبار، وآلات السقى، وإصلاح النهر وتنقيته، ونصب الأبواب مع الحاجه إليها، والدولاب، ونحو ذلك ممّا يتكرَّر كلّ سنهٍ أو لا يتكرّر ــ فلابدّ من تعيين كونها على المالك أو العامل، إلّا

ص: ۴۸۴

۱- ۱. محلّ إشكال، بل منع . (الخمينى). * فيه إشكال، بل منع . (اللنكرانى).

۲- ۲. لا يخلو من إشكال . (المرعشى).

۳- ۳. بل يضرّ على الأقوى، نعم، إذا كان الخَراج معيّناً وزاد السلطان عليه بعد العقد صحّالشرط، وكانت الزياده على المالك . (البروجردى). * إذا لم توجب الضرر الفاحش؛ لانصراف الأخبار عن هذا المورد . (الفانى). * إذا كانت الزياده والنقصان المحتملتان يسيره، أمّا فى غير ذلك فمشكل؛ لِلُزُومالضرر . (الشريعتمدارى). * إن لم تكن الزياده أو النقيصه على خلاف المتعارَف . (السبزوارى).

۴- ۴. ولروايتَى يعقوب بن شعيب وداود بن سرحان (الوسائل : الباب (۱۷) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح ۱.) وغيرهما، ولكنّ الاستناد إليهامشكل؛ لورود أكثرها فى موضوع آخر لا ـ ربط له بالمقام . (المرعشى). * أخبار الباب على طائفتين : الأُولى مطلقه . الثانيه ما تضمّن التصريح بالزيادهوالنقص، أمّا الأُولى فهى تُقيَّد بما دلّ على مضرّيّه الجهاله للحكومه، وأمّا الثانيه فهيمختصّه بما إذا كان الخراج معيّناً، وتدلّ على أنّه إن زاد السلطان عليه بعد العقد صحّالشرط، وكانت الزياده على المالك فيختصّ الحكم بهذا الفرض، فاشتراط ما لايكون معيّناً معلوماً يكون مضرّاً . (الروحانى).

إذا كان هناك عاده ينصرف الإطلاق إليها.

وأمّا ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلماً من غير الخراج فليس على المالك(۱) ، وإن كان أخذهم ذلك من جهه الأرض(۲) .

جواز الخرص بين الزارع والمالك

(مسأله ۲۰) : يجوز لكلٍّ من المالك والزارع أن يَخرُصَ(خَرَصْتُ النَخلَ والكَرْمَ أخرُصُهُ خَرْصاً: إذا حَزَرتُ ما عليها من الرُطَبِ تَمراً، ومن العِنَبِ زَبيباً،وهو من الظنّ؛ لأنّ الحَزْرَ إنّما هو تقدير بظنّ. لسان العرب: ۴/۶۲، (ماده خرص).) على الآخر بعد إدراك الحاصل بمقدارٍ منه، بشرط القبول والرضا من الآخر؛ لجملهٍ من الأخبار(الوسائل: الباب (۱۴) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، أحاديث الباب.) هنا، وفي الثمار فلا يختصّ ذلك بالمزارعه والمساقاه، بل مقتضى الأخبار جوازه في كلّ زرعٍ مشتركٍ(۳) أو ثمرٍ مشترك. والأقوى لزومه بعد القبول، وإن تبيّن بعد ذلك زيادته أو نقيصته؛ لبعض تلك الأخبار(الوسائل: الباب (۱۴) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح۱، وأيضاً: الباب (۱۰) من أبوابيع الثمار، ح۱، وراجع جواهر الكلام: ۴/۱۲۷.)، مضافاً

۱- ۱. إلّا إذا كان أخذهم ذلك معتاداً عند أخذ الخراج بحيث يكون في العرف جزءاً منالخراج . (البروجردي). * بل على كلٍّ منهما بالنسبه إذا كان الأخذ على نحو التصادف، ولعلّه الظاهر منالمتن، أو كان متعارفاً ولكنّه بعنوان الزرع، لا الأرض . (الفاني). * إلّا ما تعارف أخذه منه بحيث وقع العقد مبنيّاً عليه . (محمّد رضا الگلپايگاني). * إلّا إذا كان معدوداً في العرف جزءاً من الخراج، بحيث كانت العاده موجبهًلانصراف الإطلاق إلى المالك . (اللنكراني).

۲- ۲. فيه تأمّل . (الفيروزآبادي).

۳- ۳. فيه إشكال . (الروحاني).

إلى العمومات العامّه، خلافاً لجماعه.

حقيقه الخرص وأحكامه

والظاهر أنّه معامله مستقلّه، وليست بيعاً، ولا صلحاً معاوضيّاً، فلا يجرى فيها إشكال اتّحاد العِوَض والمُعوَّض، ولا إشكال النهى عن المُحاقَله(المُحاقَلَه: هى بيع الزرع قبل بدو حصاده فى سنبله بِحَبٍّ من جنسه، مأخوذ من الحقل القراح.وقد نهى النبىّ صلى الله عليه و آله عن المحاقله. انظر: لسان العرب ۱۱/۱۶۰، مجمع البحرين: ۵/۳۵۱، تاجالعروس: ۱۴/۱۵۶. (ماده حقل).) والمُزابَنَه(المُزابَنَه: بيع الرطب فى رؤوس النخل بالتمر، والنهى عن ذلك لما فيه الغَبنُ والجهاله. مجمعالبحرين: ۶/۲۶۰. (ماده زبن).)، ولا إشكال الربا ولو بناءً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع وجريانه فى مطلق المعاوضات، مع أنّ حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد. والجُذاذ(الجَذّ: القطع والكسر، والجُذاذ ما كُسِّر أو قُطِع من شىء، أو حطام الشىء، ومفرده: جَذيذهوجُذاذه. انظر: مقاييس اللغه: ۱/۴۰۹، ولسان العرب: ۳/۴۷۹ (ماده جذذ).) ليس من المكيل والموزون. ومع الإغماض عن ذلك كلّه يكفى فى صحّتها الأخبار الخاصّه، فهو نوع من المعامله العقلائيّه ثبت بالنصوص ولِتُسَمَّ بالتَقَبُّل(۱) .

ص: ۴۸۶

۱- ۱. التحقيق : أنّه تعهّد لحصّه الشريك من الزرع بمقدارٍ خاصٍّ بعد خرصها،والمخرج للمقدار المتعهّد به يكون نفس ما فى الخارج؛ وعلى هذا يكونالتلف الواقع عليه مقسوماً على الشريكَين بالنسبه، ولا ينافى ذلك خروج الزرععن كونه مشاعاً بينهما بالتعهّد المذكور، كما أنّ هذا التعهّد لا يستلزم كونحصّه الشريك بعد الخرص والتعهّد بمقدارها موجودةً فى الخارج على نحو الكلّيّفى المعيّن؛ إذ التعهّد المذكور تعهّد بأداء المقدار المخروص عليه من هذا المعيّن الخارجى . وبالجمله : الزرع الخارجىّ يكون ما منه الأداء فليسخارجاً عن المخرجيّه لما به الأداء، وليس التعهّد نقلاً لما فى الخارجإلى الذمّه؛ كى يبقى المقدار المخروص عليه سليماً عن الخسران الواقععلى الزرع بالتلف . (الفانى).

وحصر المعاملات(۱) فی المعهـودات(۲) ممنوع(۳) ، نعـم، یمکن(۴) أن یقـال : إنّهـا فی المعنی راجعه إلی الصـلح(۵) الغیر المعاوضـی، فکأ نّهما یتسالَمانِ علی أن تکون حصّه أحدهما من المال المشترک کذا مقداراً، والبقیّه للاخر شـبه القسمه، أو نوع منها؛ وعلی ذلک یصـحّ إیقاعها(۶) بعنوان الصـلح علی الوجه المـذکور، مع قطع النظر عن الأخبـار أیضاً علی الأقوی من اغتفار هذا المقدار من الجهاله فیه إذا ارتفع الغَرر بالخَرص المفروض؛ وعلی هذا لا یکون من التقبیل والتقبّل.

ثمّ إنّ المعامله المذکوره لا تحتاج إلی صیغهٍ مخصوصه، بل یکفی کلّ

۱- ۱. قد تقدّم مراراً أنّ عدم الحصـر هو الحقّ المتّبع، وصحّه کلّ معاملهٍ لم تشملها تلکالعناوین بشرط کونها عقلائیّه، مضافاً إلی أنّ القباله من المعهودات، کما یظهر لمنسَبَر الأخبار وزُبُر الفقه القدیمه من أهل القبله . (المرعشی).

۲- ۲. مع أنّها أیضاً غیر خارجهٍ عنها . (الإصطهباناتی). * مع أنّها أیضاً من المعهودات . (عبدالله الشیرازی).

۳- ۳. مع أنّها أیضاً من المعهودات . (الإصـفهانی). * مع أنّها أیضاً منها، کما یُتراءی من الأخبار . (محمّـد رضا الگلپایگانی). * یظهر من الأخبار أنّ التقبّل کان معهوداً فی الأعصار السابقه . (السبزواری).

۴- ۴. لکنّ الأقوی هو کونه معاملهً مستقلّه . (الخمینی).

۵- ۵. هذا الاحتمال أقرب . (الکوه کَمَری).

۶- ۶. محلّ إشکال، مع قطع النظر عن الأخبار . (اللنکرانی).

لفظٍ دالٍّ على التقبّل، بل الأقوى عدم الحاجه(۱) إلى الصيغه أصلًا، فيكفى(۲) فيها مجرّد التراضى(۳) ، كما هو ظاهر الأخبار(الوسائل: الباب (۱۴) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح۱).

ص: ۴۸۸

۱- ۱. الأقوى اعتبار الإنشاء فيه كسائر المعاملات ودعوى ظهورٍ بيّنٌ فسادُها .(الفيروزآبادی).

۲- ۲. الظاهر عدم الكفايه، بل لابدّ من الإنشاء، سواء كان باللفظ أم بغيره . (اللنكرانی).

۳- ۳. لا يخلو من الإشكال . (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی). * مادام باقياً، ولا يدخل فی عنوان المعاملات . (الكوه كَمَری). * لا يخلو من الإشكال إذا لم يكن إنشاء بلفظٍ أو غيره . (الإصطهباناتی). * بل لابدّ فيه من الإنشاء، سواء كان باللفظ أم بغيره . (البروجردی). * لكنّها لا تلزم بذلك، بل يحتاج لزومها إلى إنشائها بما يدلّ عليه . (مهدی الشيرازی). * فی كفايه مجرّد التراضی القلبیّ إشكال، بل هو معامله يحتاج إلى الإنشاء فعلاً أوقولاً سواء كان معاملةً مخصوصةً عقلائيّةً أم من المعاملات المعهوده، كما هوالأظهر . (البجنوردی). * بل لابدّ فيه من الإنشاء . (أحمد الخونساری). * مع وجود المُبرز لفظاً أو فعلًا . (عبدالله الشيرازی). * إذا كان مظهِراً بلفظٍ أو غيره . (الشريعتمداری). * لا يكفی مجرّد التراضی باطناً، بل لابدّ من وجود مبرزٍ فی البَين . (الفانی). * لكنّ الأحوط عدم الاكتفاء بمجرّده . (الخمينی). * الاكتفاء به مشكل، والأحوط إن لم يكن الأقوى الإنشاء باللفظ أو غيره منالموجدات، ولا يكفی صرف الاكتشاف . (المرعشی). * إذا كان له مُبرِز فی الخارج . (الخوئی). * بل لابدّ له من الإنشاء بالقول أو بالفعل . (محمّد رضا الگلپايگانی). * مع تحقّق مُبرِزٍ خارجیّ . (السبزواری). * فيه إشكال ما لم ينشأ بقبول (كذا فی الأصل، والظاهر أنّ الصحيح (بقولٍ).) أو فعل . (حسن القمّی). * بل يعتبر فيها ــ كسائر المعاملات ــ أن يكون لها مُبرِز فی الخارج . (الروحانی).

والظاهر اشتراط(۱) كون الخرص بعد بلوغ(۲) الحاصل(۳) وإدراكه(۴) ، فلا يجوز قبل ذلك(۵) . والقدر المتيقّن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع، فلا يصحّ الخرص وجعل المقدار فی الذمّه من جنس ذلك الحاصل. نعم، لو أوقع المعامله بعنوان الصلح ـ علی الوجه الّذی ذكرنا ـ لا ـ مانع من ذلك فیه، لكنّه ـ كما عرفت ـ خارج(۶) عن هذه المعامله.

ثمّ إنّ المشهور بینهم أنّ قرار هذه المعامله مشروط بسلامه الحاصل، فلو تلف بآفهٍ سماویّهٍ أو أرضیّهٍ كان علیهما؛ ولعلّه(۷) لأنّ(۸) تعیین

۱- ۱. الاشتراط فیه وفی ما یلیه محلّ إشكال . (المرعشی).

۲- ۲. لا یبعد كفایه صیرورته بحیث یعرف أهل الخُبره مقداره التقریبیّ . (النائینی). * لا یبعد كفایه صیرورته بحیث یعرف أهل الخُبره بمقداره التقریبیّ . (جمال الدینالگلپایگانی).

۳- ۳. علی الأحوط . (الخمینی).

۴- ۴. إدراكاً قابلًا للخَرص . (الفانی).

۵- ۵. جوازه عند الصیروره بحیث یعرفه أهل الخُبره غیر بعید . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. وصحّتها أیضاً مشكله، كما عرفت . (اللنكرانی).

۷- ۷. هذا التعلیل غیر وجیه . (الخمینی).

۸- ۸. هذا التعلیل علیل؛ فإنّ ظاهر النصّ والفتوی عدم بقاء الحصّه علی الإشاعه، بلیختصّ المجموع بالمتقبّل، وله التصرّف فیه كیف شاء، من دون حاجهٍ إلی إذن الآخر، بل له إتلاف ما عدا المقدار المخروص، فالدلیل علی شرطیّه السلامهالإجماع، واستقرار العمل الكاشف عن تقیّد تعهّد المتقبّل والتزامه بالسلامهوحساب التالف علیهما . (اللنكرانی).

الحصّه(۱) فی المقدار المعیّن لیس من باب الکلّیّ فی المعیَّن(۲) ، بل(۳) هی باقیه(۴) علی إشاعتها(۵) ، غایه الأمر تعیینها فی مقدارٍ معیّنٍ، مع احتمال أن

ص: ۴۹۰

۱- ۱. الحکم ممّا لا تأمّل فیه، ولکنّ فی التعلیل شیئاً، والتفصیل لا یَسَعُه المجال .(الروحانی).

۲- ۲. بل لوجه آخر ذکرناه فی محلّه (هذه التعلیقه أوردناها من نسخهٍ اُخری منه قدس سره .). (الخوئی).

۳- ۳. مجرّد کون التلف علیهما لا یوجب البقاء علی الإشاعه، وعلی أیّحالٍ فجواز تصرّف المتقبّل فی الحاصل ممّا یقتضیه التقبّل علیکلّ تقدیر . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. مجرّد کون التلف علیهما لا یوجب البقاء علی الإشاعه، وعلی أیّ حالٍ فجوازتصرّف المتقبّل فی الحاصل ممّا یقتضیه التقبّل علی کلّ تقدیر . (النائینی).

۵- ۵. المستفاد من النصّ والفتوی هو : أنّ حقیقه هذه المعامله تعهّد أحد الشریکَینحصّه الآخر علی المقدار الّذی یراه الخارص الخبیر فتُفید _ مضافاً إلی التعیینالمذکور _ خروج العین عن الإشاعه واختصاصها بالمتقبّل، نعم، لا إشکال فی أنّاستقرارها مشروط بسلامه الحاصل للإجماع، واستقرار العمل مع عموم البلوی بها،بل الظاهر کونه من أحکامها العقلائیّه . (البروجردی). * الظاهر عدم بقائها علی الإشاعه، وکونها من قبیل الکلّیّ فی المعیّن، وکون التلفعلیهما تعبّدیّ؛ للإجماع . (البجنوردی). * قد عرفت أنّ التعهّد المذکور لیس إفرازاً لما فی الخارج، ولا یکون الخارج باقیاًعلی الإشاعه الملکیّه، بل هو مخرج أیّ موضوعٍ للأداء . (الفانی). * ظاهر النصوص اختصاص المجموع بالمتقبّل، ولا یطالب عند الإتلاف إذابقی بمقدار التقبّل، وکون التلف علیهما لیس بمبتَنٍ علی الإشاعه، بل لقیامالسیره العملیّه والأدلّه اللبّیّه علی اشتراط استقرار المعامله بالسلامه، ولغیرهامن الوجوه . (المرعشی). * لا معنی للإشاعه مع تعیین المقدار، ولکنّه مع ذلک یحسب التلف علیهما علیأساس أنّ المقدار المعیّن إنّما لوحظ بالإضافه إلی مجموع الحاصل، فکلّما نقصعن الحاصل بآفهٍ سماویّهٍ أو أرضیّهٍ نقص عن ذلک المقدار بالنسبه، ولعلّ الماتن قدس سره أراد بالإشاعه هذا المعنی . (الخوئی). * هذا مشکل، بل الظاهر اختصاص المجموع بالمتقبّل؛ ولذا لا یحتاج فی تصرّفاتهإلی إذن المتقبّل له، ولم یؤاخذ بإتلافه إذا بقی المقدار الّذی تقبّله له . نعم، لمّا تعهّدبإعطائه ما تقبّل من الموجود لا یجوز له إتلاف الجمیع، وأمّا کون التلف علیهمافلیس من جهه الإشاعه، بل لأنّ التقبّل لمّا کان مبتیّاً علی سلامه الحاصل فکأنّه لمیلتزم المتقبّل بما التزم به من الحصّه إلّا بالنسبه إلی الحاصل السالم إلی وقتالتسلیم؛ ولذلک یحسب التلف علیهما . (محمّد رضا الگلپایگانی).

یکون ذلک(۱) من الشرط الضمنیّ بینهما. والظاهر أنّ المراد من الآفه

الأرضیّه: ما کان من غیر الإنسان، ولا یبعد(۲) لحوق(۳) إتلاف(۴) مُتلِفٍ(۵)

ص: ۴۹۱

۱- ۱. وهو الّذی یقتضیه بناء العقلاء . (السبزواری).

۲- ۲. بل بعید . (محمّد رضا الگلپایگانی). * غیر معلوم . (اللنکرانی).

۳- ۳. غیر معلوم، بل لا یبعد بقاء المعامله . (الخمینی).

۴- ۴. یحتاج إلی التأمّل . (الکوه کَمَری). * الظاهر بقاء المعامله فی هذه الصوره أیضاً . (أحمد الخونساری).

۵- ۵. ولا یبعد الالتزام ببقاء المعامله فی هذه الصوره، بملاحظه بقاء الزرع فی عهدهالضامن وإن لم یکن فی البین ثمره؛ بناءً علی شمول خَرصِهم لجمیع مراتب الزرع،ولا یختصّ بخصوص الحاصل والثمره بعینهما، وإلّا فلا یبقی موضوع للخَرص،فیرجع سهمهم إلی ما کان قبل الخَرص فی عهده الضامن . (آقاضیاء).

من الإنسان أیضاً(۱) به.

وهل یجوز خرص ثالث(۲) حصّه أحدهما أو کلیهما فی مقدارٍ؟ وجهان، أقواهما العدم(۳) .

وجوب الزکاه علی المالک والزرع مع تحقّق النصاب

(مسأله ۲۱) : بناءً علی ما ذکرنا من الاشتراک من أوّل الأمر(۴) فی الزرع

یجب علی کلٍّ منهما الزکاه(۵) إذا کان نصیب کلٍّ منهما بحدّ النِصاب، وعلی

۱- ۱. فیه تأمّل . (الروحانی).

۲- ۲. إن کـان الثـالث وکیلاًـ عن أحـدهما أو عن کـلٍّ منهمـا فلا إشـکال فی اعتبار خَرصِه،کما فی خرص عبـدالله بن رواحه (الوسائـل : الباب (۱۰) من أبواب بیع الثمـار، ح ۵.) ، وإن کان أجنبیّاً فلا إشـکال فی عـدم اعتبارهاإلّا بالإجازه، أمّا اعتباره بـدون الإجـازه فلم یعلم وجهه واحتمـاله ساقـط، ثمّإنّ الحکم لمّا کان مخالفاً للقاعـده فاللازم الاقتصار علی مورده وهو المالکوالعامل، أمّا لو أراد ثالث أن یخرص حصّه أحدهما ویدفع ثمنها، فالظاهرعدم الصحّه إلّا بصلح ونحوه . (کاشف الغطاء).

۳- ۳. فیه تأمّـل . (عبـدالله الشـیرازی). * إن قلنـا : إنّ الحکم علی خلاـف الأصـل، ولیس هناک معامله مسـتقلّه ولا مصالحه .(محمّد الشیرازی).

۴- ۴. لابدّ من الرجوع إلی صیغه المزارعه وکیفیّه إنشائها من قبل المتعاملَین إن کانفیها بیان لکیفیّه اشتراکهما فی الزرع، وإن لم یکن فلابدّ من الرجوع إلی القواعد؛کی یُنقَّح بذلک موضوع سائر الأدلّه الوارده فی الزکاه وغیرها . (الفانی).

۵- ۵. ونحوها الخمس أیضاً . (محمّد الشیرازی).

مَن بلغ نصـيبه إن بلغ نصيب أحدهما. وكذا إن اشترطا الاشتراك(۱) حين ظهور الثمر(۲) ؛ لأنّ تعلّق(۳) الزكاه(۴) بعد صدق الاسم(۵) وبمجرّد الظهور لاـ يصـدق(۶) . وإن اشـترطا(۷) الاـشتراک بعـد صـدق الاسم أو حين الحصاد والتصـفيه فهى على صاحب البذر(۸) منهما؛ لأنّ المفروض أنّ الزرع والحاصل له إلى ذلک الوقت، فتتعلّق الزكاه فى ملكه(۹) .

ص: ۴۹۳

۱- ۱. قد مرّ الكلام فيه . (أحمد الخونسارى).

۲- ۲. بناءً على صـحّه هذا الاشتراط، وعدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد، بل منافٍلمقتضى إطلاق العقد، كما قوّيناه . (البجنوردى).

۳- ۳. تقـدّم فى كتـاب الزكـاه ما هو الأقوى فى وقت تعلّقها، فإن كان الاشتراک هنا قبلـذلک تجب الزكاه على مَن بلغ النصاب نصيبه مطلقاً، وإن كان بعده فهى على صاحبالبذر مطلقاً، ولو تقارنا ففيه الإشكال . (جمال الدين الگلپايگانى).

۴- ۴. تقـدّم فى كتـاب الزكـاه مـا هو الأـقوى فى وقت تعلّقها، فإن كان الاشتراک هنا قبلـذلک تجب الزكاه على مَن بلغ نصـيبه النصاب مطلقاً، وإن كان بعـده فهى على صاحبالبذر مطلقاً، ولو تقارنا ففيه الإشـكال . (النائينى). * قد تقدّم فى كتاب الزكاه ما يتعلّق بوقت تعلّق الزكاه . (الإصطهباناتى). * قد مرّ الاحتياط فى وقت تعلّق الزكاه . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- ۵. وتحقّق العنوان فى ملكه . (الفيروزآبادى).

۶- ۶. ولا يتحقّق العنوان . (الفيروزآبادى).

۷- ۷. تقدّم الكلام فى هذين الشرطين . (البروجردى). * الاشتراط فيه وفى ما يليه محلّ إشكال . (المرعشى).

۸- ۸. فى حصّـيته خاصّه إن كانت حصّـيته بمقدار النصاب . (عبدالهادى الشـيرازى). * إن كانت حصّته خاصّةً بحدّ النصاب . (المرعشى).

۹- ۹. ولأنّ الزارع مثلاً الّذى ليس بصاحب البذر ما تحقّق الاسم والعنوان فى ملكه .(الفيروزآبادى).

حکم الباقی من الاُصول بعد الزرع

(مسأله ۲۲) : إذا بقی فی الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدّه والقسمه فنبت بعد ذلک فی العام الآتی: فإن کان البذر لهما فهو لهما، وإن کان لأحدهما فله، إلّا مع الإعراض(۱) ، وحینئذٍ فهو لِمَن سبق. ویحتمل(۲) أن یکون(۳) لهما(۴) مع عدم

ص: ۴۹۴

۱- ۱. بشرط کونه مخرجاً عن ملک المعرِض، بالکسر . (المرعشی). * والقول بأنّه یوجب زوال الملک . (السبزواری). * لا دلیل علی أنّ مجرّد الإعراض موجب للخروج عن الملک . (حسن القمّی). * قد تقدّم أنّ الإعراض بنفسه لا یوجب الخروج عن الملک . (الروحانی). * بناءً علی کون الإعراض موجباً للخروج عن الملک . (اللنکرانی).

۲- ۲. مع شرط اشتراکهما فی الزرع وأصله، وإلّا فلصاحب الأرض . (صدرالدین الصدر). * المیزان فی کون الحاصل فی العام الآتی لهما کون أصل الزرع لهما، کان البذرلهما أو لأحدهما، وهو مقتضی إطلاق المزارعه، کما مرّ . (الخمینی).

۳- ۳. هذا هو المتعیّن إذا وقع القرار بینهما علی اشتراکهما فی الزرع وأصله، ولا وجه لهإذا وقع علی اشتراکهما فی ما یخرج من الزرع فی ذلک العام، وکذا إذا لم یجعلالقرار علی خصوص اشتراکهما فی ما یخرج؛ لأنّ عقد المزارعه لا یقتضی أزید منالاشتراک فی الحاصل . (عبدالله الشیرازی). * إن کان الشرط بینهما علی اشتراکهما فی الزرع وأصله فهذا هو المتعیّن، وإلّا ففیهنظر وإشکال . (حسن القمّی).

۴- ۴. هذا هو المتعیّن إذا وقع القرار بینهما علی اشتراکهما فی الزرع وأصله، ولا وجه لهإذا وقع علی اشتراکهما فی ما یخرج من الزرع فی ذلک العام . (الإصفهانی). * هذا هو الأقوی فیما إذا کان القرار بینهما علی اشتراکهما فی الزرع، وأمّاإذا وقع علی اشتراکهما فی ما یحصل من الزرع فی ذاک الوقت المختصّ به فلا وجهلهذا الاحتمال . (الإصطهباناتی). * بل یتعیّن إذا کان القرار بینهما اشتراکهما فی الزرع وأصله، وأمّا إذا کان القراراشتراکهما فی الحاصل دون أصل الزرع فلا وجه لهذا الاحتمال . (البجنوردی).

الإعراض(۱) مطلقاً(۲) ؛ لأنّ المفروض شـركتهما فی الزرع وأصـله(۳) وإن کـان البـذر لأحـدهما أو الثالث، وهو الأقوی(۴) . وکذا إذا بقی فی الأرض بعض الحبّ(۵) فنبت فإنّه مشترک(۶) بینهما(۷) مع عدم الإعراض، نعم، لو کان الباقی

۱- ۱. بل مع الإعراض أیضاً؛ لأنّ الإعراض لا یوجب الخروج عن الملک (فی نسـخه اُخری منه قدس سره : الظاهر أنّ الإعراض لا یوجب الخروج عن الملک، کما مرّ .). (الخوئی).

۲- ۲. وإن کان البذر لأحدهما، ثمّ فی التعلیل المذکور إشـکال؛ إذ المزارعه لا تقتضـیغیر الاشتراک فی المحصول . (المرعشی).

۳- ۳. قـد عرفت التفصـیل آنفـاً . (الفـانی). * هـذا إنّمـا یکون بالاـشتراط، وإلّا فعقـد المزارعه لا یقتضـی أزیـد من الاشتراک فیالحاصـل، کمـا مرّ . (الخوئی). * بـدعوی أنّ تحقّق الشـرکه فی الزرع تسـری إلی الأصـل عرفـاً أیضاً . (السبزواری). * وإن کانت الشرکه فی الأصل أیضاً متوقّفه علی خروج الزرع . (اللنکرانی).

۴- ۴. قد مرّ أنّه تابع للتعارف . (عبدالهادی الشیرازی). * بل الأقوی خلافه، کما مرّ . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- ۵. وکـان مشترکـاً بینهمـا . (المرعشـی). * یعنی من الحاصـل، وهـذا علی مـا اختـاره من شـرکتهما فی الحاصـل، وأمّا علی مااخترناه فیکون تمامه للمتقبّل . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- ۶. إذا کان الحبّ مشترکاً . (عبدالله الشیرازی).

۷- ۷. إذا کان الحبّ مشترکاً بینهما . (الإصطهباناتی). * إذا کان الحبّ مشترکاً . (البروجردی). * قد تقدّم أنّ الّذی بینهما هو خصوص الحاصل، إلّا مع الاشتراط . (الروحانی).

حَبّاً مختصّاً بأحدهما اختصّ به(۱) ، ثمّ لا يستحقّ(۲) صاحب الأرض(۳) اُجرةً(۴) لذلك(۵) الزرع(۶) النابت(۷) على الزارع فی صوره الاشتراک أو

۱- ۱. ولصاحب الأرض قلعه ومطالبه الاُجره لو أراد الطرف بقاءه، وكان الزرع له .(الخمینی).

۲- ۲. فیه نظر . (الفیروزآبادی). * لكنّه یجوز له القلع ومطالبه الاُجره بالنسبه إلی بقائه لو أراد الآخر ذلک .(اللنكرانی).

۳- ۳. بالنسبه إلی الحدوث، لا البقاء والإبقاء . (السبزواری). * نعم، یستحقّ تخییره بین القلع أو الاُجره . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. لكن له أن یطالب بالإزاله أو البقاء باُجرهٍ أو بدونها . (البجنوردی).

۵- ۵. إنّما لا یستحقّها من جهه نباته فی أرضه، وأمّا من جهه بقاء الزرع فله أن یطالبهبالقلع أو دفع الاُجره . (الإصفهانی). * إطلاق عدم الاستحقاق فی صوره الاختصاص حتّی بالنسبه إلی البقاء لا یخلومن إشكال، والأحوط التصالح والتراضی . (المرعشی).

۶- ۶. من جهه أصل نباته وحدوثه، وأمّا بالنسبه إلی بقائه فله أن یطالبه بقلعه، أو دفعالاُجره . (الإصطهباناتی). * إنّما لا یستحقّها من جهه نباته فی أرضه، وأمّا من جهه بقاء الزرع فله أن یطالبهبالقلع، أو دفع الاُجره إذا كان حین نموّه عالماً به . (عبدالله الشیرازی).

۷- ۷. ممّا سقط بغیر اختیارٍ بالنسبه إلی ما مضی قبل تبیّن ذلک، وأمّا بالنسبه إلیبقائه فللمالک أن یطالبه بقلعه أو دفع الاُجره، وأمّا أصل الزرع فإن لمیعرض عنه مالكه ولم یقدّم مالک الأرض ببقائه مجّاناً _ والمفروض انقضاءزمان المزارعه _ فلمالک الأرض الاُجره حتّی للبذر المشترک بالنسبه إلیحصّه الشریک . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بالإضافه إلی ما مضی، وأمّا بالنسبه إلی بقائه فله أن یطالبه بقلعه، أو دفع الاُجره .(الروحانی).

الاختصاص به(۱) وإن انتفع بها؛ إذ لم یکن(۲) ذلک من فعله، ولا من معامله واقعه بینهما.

اختلاف المالک والزارع فیالمدّه أو الحصّه وغیر ذلک

(مسأله ۲۳) : لو اختلفا فی المدّه وأنّها سَنَه أو سنتان مثلاً فالقول قول مُنکِر الزیاده، وکذا لو قال أحدهما: إنّها ستّه أشهر، والآخر قال: إنّها ثمانیه أشهر. نعم، لو ادّعی المالک(۳) مدّةً قلیلةً لا تکفی لبلوغ الحاصل ولو نادراً ففی تقدیم قوله إشکال(۴) . ولو اختلفا فی الحصّه قلّةً وکثرةً فالقول قول صاحب البذر المدّعی للقلّه. هذا إذا کان نزاعهما فی زیاده المدّه أو الحصّه وعدمها، وأمّا لو اختلفا فی تشخیص ما وقع علیه العقد، وأنّه وقع علی کذا(۵)

۱- ۱. فیه إشکال، والأحوط لصاحب الأرض المصالحه مع صاحب البذر . (عبدالهادیالشیرازی).

۲- ۲. التعلیل علیل . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. لا اختصاص بالمالک فی الإشکال المذکور، بل لا یبعد تقدیم قول مدّعیالکثره إذا کانت دعوی مدّعی القلّه فی الفرض راجعةً إلی دعوی المزارعهالفاسده . (الخمینی). * بل فی کلّ مدّعٍ للقلّه المستلزمه لبطلان المزارعه إشکال، والأقرب تقدیم قولمدّعی الصحّه . (المرعشی).

۴- ۴. لا یبعد تقدیم قول العامل . (عبدالله الشیرازی).

۵- ۵. هذه الدعوی وإن سبقه إلیها صاحب الجواهر (جواهر الکلام : ۲۷/۳۸.) فی المقام ونظائره لکنما علیه معظم الأصحاب ـ وهو عدم الفرق بین الصورتَین فی رجوعالدعاوی المذکوره ونظائرها إلی باب المدّعی والمنکر دون التداعی ـهو الصحیح . (جمال الدین الگلپایگانی).

أو كذا فالظاهر(۱) التحالف(۲) . . . .

ص: ۴۹۸

---

۱ - ۱. هذه الدعوى وإن سبقه إليها صاحب الجواهر فى المقام ونظائره لكن ما عليهمعظم الأصحاب _ وهو عدم الفرق بين الصورتين فى رجوع الدعاوى المذكورهونظائرها إلى باب المدّعى والمنكر دون التداعى _ هو الصحيح . (النائينى).

۲ - ۲. إذا كانت نتيجه النزاع راجعةً إلى خصوصيّه العقد دون ما إذا رجعت إلى الزيادهوالنقيصه، كما هو مقتضى إطلاق كلماتهم . (الكوه كَمَرى). * بل الظاهر كونه كالفرض السابق؛ لأنّهما متّفقان على وقوع العقد على الأقلّ،وإنّما اختلفا فى وقوعه على الزياده . (البروجردى). * إذا كان الاختلاف فى تشخيص نوع الزرع أو المدّه، وأنّه حنطه أو شعير، أو أنّهصيف أو شتاء، وإلّا فكلامهم فى محلّه . (مهدى الشيرازى). * بل الظاهر أنّه أيضاً كالصوره الاُولى من باب المدّعى والمنكر، لا التداعى، ويقدَّمقول مدّعى القلّه . (البجنوردى). * إذا كان المقصود من النزاع بحسب ظاهر الترافع القلّه والكثره فالقول قول مدّعيالقلّه ، وأمّا إذا كان المقصود ترتيب أثرٍ آخر فيكون مورد التحالف . (عبدالله الشيرازى). * هذا الكلام يأتى فى جميع موارد الاختلاف فى العقود الّتى مرجعها إلى الزيادهوالنقيصه، فمع كون محطّ الدعوى كيفيّه وقوع العقد يقع الكلام فى أنّ الميزان فيتشخيص المدّعى والمنكر هل هو محطّ الدعوى فى مثل المقام، أو مرجعها؟ فإنقلنا بالأوّل يكون من التحالف، وإن قلنا بالثانى يكون من الحلف والإحلاف،والمسأله بَعدُ تحتاج إلى زياده تأمّل، ولعلّ الموارد مختلفه، ولا يبعد فى مثل المقامترجيح الثانى . (الخمينى). * إن كان المعيار مصبّ الدعوى، وأمّا لو كان الملاك الغرض الأصلىّ فالمورد موردالدعوى والإنكار . (المرعشى). * بل الظاهر أنّ القول قول مَن يدّعى القلّه . (الخوئى). * بل الظاهر تقديم قول مدّعى وقوعه على القليل؛ لأنّ اختلافهما فى مقدارالزياده . (محمّد رضا الگلپايگانى). * الظاهر تقديم قول مدّعى الأقلّ إن كان فى البَين مدّعٍ له . (السبزوارى). * قد مرّ فى كتاب الإجاره أنّه : إن كان المناط فى تشخيص المدّعى والمنكر هومحطّ الدعوى ومصبّ النزاع فاللازم فى مثل المقام التحالف، وإن كان المناط هوالغرض والمقصود فاللازم تقديم قول مَن يدّعى القلّه مع يمينه، إلّا إذا كان الغرضمتعلّقاً بخصوصيّه العقد من حيث هو فيلزم التحالف أيضاً . (اللنكرانى).

وإن كان(۱) خلاف(۲) إطلاق كلماتهم(۳) ، فإن حَلَفا أو نَكَلا فالمرجع أصاله عدم الزياده(۴) .

---

۱ – ۱. ما هو ظاهر إطلاق كلماتهم هو الأقوى إذا كانت نتيجه النزاع راجعةً إلى الزيادهوالنقيصه، نعم، لو كانت نتيجه النزاع راجعةً إلى خصوصيّه العقد وفرض لها أثرفالأقوى ما ذكره من التحالف . (الشريعتمدارى).

۲ – ۲. الظاهر هو الإطلاق، وعدم التفاوت بين التعبيرين، كما هو الظاهر من إطلاقكلماتهم؛ لأنّ مورد الاختلاف فى الحقيقه ليس إلّا الزياده . (الفانى).

۳ – ۳. من أنّ القول قول مدّعى الأقلّ مطلقاً وإن كان تحرير الدعوى فى تشخيص ماوقع عليه العقد، وهذا هو الأقوى . (الإصفهانى). * ما هو ظاهر إطلاقها من عدم الفرق بين الصورتَين، وكونهما من باب المدّعيوالمنكر لا من باب التداعى هو الأقوى . (الإصطهباناتى). * بتقديم قول مدّعى القلّه، وهو الأظهر . (المرعشى). * وهو الصحيح، إلّا فيما إذا كان الاختلاف راجعاً إلى النوع، كالحنطه والحمّص أوما أشبه ممّا يرجع إلى دَعويَين، لا المدّعى والمنكر . (محمّد الشيرازى). * ما ذكره الأصحاب من أنّ القول قول مَن يدّعى القلّه مطلقاً هو الأقوى . (حسنالقمّى).

۴ – ۴. لا محلّ لهذا الأصل هنا أصلًا بعد فرض أنّ النزاع فى التشخيص الّذى هو منقبيل المتباينَين، لا الأقلّ والأكثر، واللازم بعد التحالف أو النكول الرجوع إليالعرف، أو العاده، أو الصلح . (كاشف الغطاء).

الاختلاف فی اشتراط کون البذر أو العوامل علی أیّهما

(مسأله ۲۴) : لو اختلفا فی اشتراط کون البذر أو العمل(۱) أو العوامل علی أیِّهما فالمرجع التحالفَ(۲) ، ومع حِلفِهما أو نُکُولهما تنفسخ(۳) المعامله(۴) .

الاختلاف فی الإعاره والمزارعه

(مسأله ۲۵) : لو اختلفا فی الإعاره والمزارعه(۵) فادّعی الزارع أنّ المالک أعطاه الأرض عاریهً للزراعه، والمالک ادّعی(۶) المزارعه

۱- ۱. الظاهر أنّ القول قول مَن یدّعی أنّه علی الزارع . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. فی کلّ موردٍ یرجع النزاع إلی تضمین غیره فی إتلاف العامل أو المالک فالأصلمع منکره، بلا تحالف . (آقاضیاء). * إذا کان النزاع قبل العمل فی العامل والعوامل . (الخمینی). * حیث إنّ المتعارف غالباً فی المزارعه کون البذر والعمل علی العامل، فهو فی هذهالدعوی مُدّعٍ یُلزَم بالبیّنه، والمالک مُنکِر یُلزَم بالیمین إن لم تتمّ البیّنه، فالباب لیسمن باب التحالف . (المرعشی). * إذا ادّعی کلّ منهما شرطاً علی الآخر وأنکر ما ادّعی علیه الآخر . (محمّد رضاالگلپایگانی). * فیه تأمّل . (محمّد الشیرازی). * إن قلنا : إطلاق المزارعه یقتضی کون البذر علی العامل فالظاهر أنّ القول فیه قولالمالک . (حسن القمّی).

۳- ۳. لاحتمال البقاء وللرجوع إلی القرعه وجه، لکنّه غیر وجیه . (المرعشی). * ویحتمل غیر بعیدٍ أن لا یکون نتیجه التحالف هو الانفساخ، کما فی الفرضالسابق، بل یرجع إلی القرعه فی التعیین . (اللنکرانی).

۴- ۴. لا یبعد بقاء المعامله والرجوع فی ما اختلفا فیه بالقرعه أو التنصیف، والقرعهأوفق . (الخمینی).

۵- ۵. هذه المسأله محتاجه إلی التأمّل . (الإصفهانی).

۶- ۶. مقتضی ما تقدّم من أصاله الضمان فی نظائر المسأله هو تقدیم قول المالک بیمینه .(جمال الدین الگلپایگانی).

فالمرجع(١) التحالف(٢) أيضاً(٣) ، ومع حِلفهما(۴) أو نُكَولهما تثبت اُجره المثل(۵) للأرض(۶) ، فإن كان بعد البلوغ

١- ١. مقتضى ما تقدّم من أصاله الضمان فى نظائر المسأله هو تقديم قول المالك بيمينه .(النائينى).

٢- ٢. مع كون البذر للزارع ـ كما هو ظاهر هذا الفرع ـ فالقول قول منكر المزارعه؛للحكم بملكيّته لتمام الزرع بمقتضى يده عليه . (آقاضياء). * بل تقديم قول المالك مع يمينه . (صدرالدين الصدر). * فى كونه مورداً للتحالف إشكال . (عبدالهادى الشيرازى). * بل الظاهر أنّ الزارع مدّعِ المجّانيّه، والمالك مُنكِر فيُقَدَّم قوله؛ لمطابقه قولهلقاعده احترام مال المسلم . (البجنوردى). * يأتى فيه الكلام السابق . (الخمينى). * يجرى فيه ما ذكرناه . (اللنكرانى).

٣- ٣. بل يُقدَّم قول المالك فى نفى العاريه، وأمّا التعيين للحصّه فيرجع فيها إلى أهلالخبره، فتدبّر جيّداً . (كاشف الغطاء). * بل يُقدَّم قول الزارع؛ لأصاله البراءه بعد فرض كون التصرّف جائزاً، وبه يظهرالحال فى بقيّه المسأله . (الروحانى).

۴- ۴. مع كون البذر للزارع ـ كما هو مورد هذا الفرع ـ فالقول قول مُنكِر الزراعه لايخلو من قوّه . (عبدالله الشيرازى).

۵- ۵. وأمّا بحسب الواقع فليس للمالك أخذ الزياده عن الحصّه الّتى يدّعيها من اُجرهالمثل . (الفانى). * مع عدم كون حصّه المالك أقلّ من اُجره المثل . (الخمينى).

۶- ۶. مع الجزم بكون الحصّه أقلّ من الاُجره المزبوره ففى استحقاقه منع؛ لأنّ الحكمببطلان المزارعه أو انفساخه ظاهراً لا يوجب إبطال إقراره بعدم استحقاقه اُجرهالمثل، وإجراء حكم الفساد الواقعى الموجب لذلك محلّ منع جدّاً . (آقاضياء). * محلّ تأمّل . (أحمد الخونسارى). * بشرط عدم زيادتها على المسمّاه أو الحصّه . (المرعشى). * بناءً على سقوط أثر الدعوى فى مورد التحالف مطلقاً، والرجوع إلى الأصل،وهى أصاله إحترام المال . (السبزوارى). * إذا لم يكن أكثر من الحصّه، وإن كان أكثر ففى مقدار الزياده الأحوط التصالح .(حسن القمّى).

فلا إشكال(۱) ، وإن كـان فى الأثناء فالظاهر(۲) جواز الرجوع(۳) للمالـك،وفى وجوب إبقـاء الزرع إلى البلوغ عليه مع الاُجره إن أراد الزارع، وعدمه وجواز أمره(۴) بالإزاله . . . .

ص: ۵۰۲

۱- ۱. مع الجزم بكون الحصّه أقلّ من الاُجره ففى استحقاقه الاُجره منع . (عبداللهالشـيرازى). * الظاهر أنّه لا وجه للتحالف فى هذه الصوره؛ لأنّ الزارع لا يدّعى على المالكشيئاً، وأمّا المالك فهو يدّعى الاشتراك فى الحاصل فعليه الإثبات . (الخوئى).

۲- ۲. الظاهر أنّ هذا ليس بوجهٍ يغاير ما سبق وإن كان التعبير بالمصبّ، وعلى تقديرهيُحكَم بالانفساخ . (الفيروزآبادى). * هذا هو الصـحيح؛ لأنّه لو كانت مزارعه _ إذا كان المالك صادقاً _ فالمفروضامتناع الزارع من العمل، فللمالك خيار تخلّف الشرط، ويرجع جواز الرجوع له إليـذلك، وإن كـانت عـاريهً فهى من العقود الإذنيه، ومن هنا ظهر أنّ للمالك الأمربالإزاله؛ إذ لا موجب لوجوب إبقاء الزرع عليه . (الفانى).

۳- ۳. جـوازه مع علم المالـك بعـدم الجواز لمكـان دعوى المزارعه مشـكل، وكفايهـاعتراف المالـك بالعـاريه الّتى يجوز فيها الرجوع أشكل . (المرعشى). * فيما إذا لم يكن معذوراً، والمسأله بحاجهٍ إلى التأمّل . (محمّد الشيرازى). * فيه تأمّل . (حسن القمّى).

۴- ۴. مع بذل الأرش . (الفيروزآبادى).

وجهان(۱) . وإن كان النزاع قبل نثر الحبِّ فالظاهر الانفساخ(۲) بعد حِلفهما أو نُكَولهما.

لو ادّعى المالک الغصب والزارع المزارعه

(مسأله ۲۶) : لو ادّعى المالك الغصب(۳) والزارع ادّعى المزارعه فالقول قول المالك(۴) مع يمينه على نفى المزارعه.

حكم قلع الزرع بعد تعلّق الزكاه وقبل البلوغ

(مسأله ۲۷) : فى الموارد الّتى للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلّق الزكاه وقبل البلوغ؟ قد يقال بعدم الجواز إلّا أن يضمن حصّتها

ص: ۵۰۳

۱- ۱. أظهرهما الأوّل، إلّا أن يتضرّر المالك ببقائه ولو بالاُجره . (مهدى الشيرازى). * والأقوى وجوب إبقائه مع الاُجره إن أراد الزارع ذلك . (الشريعتمدارى). * الأقوى الأوّل؛ لرعايه نفى ضرر العامل الزارع بإذن المالك، وضرر المالك فيالصبر بالاشتغال لا أثر له؛ لمكان إقدامه . (المرعشى). * أقواهما الثانى . (محمّد رضا الگلپايگانى). * بناءً على سقوط أثر الدعوى فى مورد التحالف مطلقاً يكون مقتضيقاعده السلطنه جواز الأمر، نعم، بناءً على عدم السقوط من كلّ جهةٍ يأتيالوجهان . (السبزوارى). * والثانى لا يخلو من قوّه . (اللنكرانى).

۲- ۲. فيه إشكال . (المرعشى).

۳- ۳. وكون الأرض فى يده بلا إذن، والعامل يدّعيه . (المرعشى).

۴- ۴. لا بمعنى ثبوت عنوان الغصب وترتّب آثاره، بل بمعنى الحكم بعدم المزارعه بعدالحلف . (الخمينى). * إن كان المعيار فى تشخيص المترافعَين الغرض والمرجع، لا ـ مصب الدعوى .(المرعشى). * أى فى عدم ثبوت المزارعه، لا فى ثبوت عنوان الغصب حتّى تترتّب عليه آثاره .(اللنكرانى).

للفقراء؛ لأنّه ضرر عليهم. والأقوی(۱) الجواز(۲) ، وحقّ الفقراء يتعلّق بذلک الموجود وإن لم يكن بالغاً.

تسليم الأرض الخراجيّه إلى غيره لِزَرعها لنفسه

(مسأله ۲۸) : يُستفاد من جمله من الأخبار(الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح۱، ۲، ۳، ۴.) أنّه يجوز لِمَن بيده الأرض الخراجيّه أن يسلِّمَها إلى غيره ليزرع لنفسه ويودّی خراجها عنه، ولا بأس به.

مسائل متفرّقه

الاُولی: إذا قصّر العامل فی تربيه الزرع فقلّ الحاصل

الاُولی : إذا قصّر العامل فی تربيه الزرع فقلّ الحاصل(۳) فالظاهر(۴) ضمانُه(۵) . . . .

۱- ۱. بل الأقوی عدمه . (الفيروزآبادی).

۲- ۲. محلّ تأمّل . (أحمد الخونساری).

۳- ۳. لم يظهر وجهه . (جمال الدين الگلپايگانی).

۴- ۴. لم يظهر وجهه . (النائينی). * محلّ التأمّل . (الإصفهانی). * محلّ إشكال، وإن كان عدم الضمان أشبه . (الخمينی).

۵- ۵. يحتاج إلی تأمّل . (الكوه كَمَری). * ويحتمل أن يقال : بل لا يبعد أنّ المالک مخيّر بين الإبقاء واُجره الأرض أو الفسخ .(صدرالـدين الصدر). * هذه المسأله محتاجه إلی التأمّل، مع أنّ ما ذكره فيها مخالف لِما اختاره من الوجهالخامس من الوجوه الستّه فی مسأله ترک الزارع الزرع . (الإصـطهباناتی). * كـأنّ مراده ما به التفاوت بين حاصـله الموجود وما كان يحصل لو لم يقصـر فی عمله، وهو حسن لو قيـل بـالرابع من الوجوه الستّه المـذكوره فی مسألهترک الزرع، واختـار المـاتن هنـاک خامسـها، والفرق غير واضح، والمسألهمحلّ إشـكال . (عبدالله الشـيرازی). * الظاهر عدم ضـمانه؛ لكونه ضماناً لِمَا لا موجب له . (الفانی). * أی التفاوت بين المحصول الموجود وما كان يحصل لو لا التقصير، أو التفاوتبين العمل الناقص المؤدّی إلی نقصان الحاصل والعمل التامّ المؤدّی إلی تمامهوكماله، وهذان الوجهان يتمّان على الرابع من الوجوه السـتّه المتقدّمه الّتی أضفنا إليهاوجهاً سابعاً، مع أنّ المختار له قدس سره منها الخامس، ويمكن التوجيه بعد التأمّل . (المرعشی). * محلّ تأمّل . (حسن القمّی).

التفاوت(۱) . . . .

ص: ۵۰۵

۱- ۱. غیر ظاهر، ومنافٍ لِما اختاره فی مسأله ترک الزارع الزراعه . (الشریعتمداری). * لا یبعد ذلک فیما إذا کان التقصیر بعد ظهور الزرع، وأمّا إذا کان التقصیر قبلظهوره فلا وجه له، نعم، للمالک حینئذٍ الفسخ والمطالبه بأُجره المثل لمنفعه الأرض،وقیمه البذر إذا کان البذر للمالک . (الخوئی). * أی التفاوت بین الموجود وما کان یحصل لولا التقصیر، ولکنّه مشکل، إلّاعلیالوجه الرابع من الوجوه الستّه فی المسأله السابعه، لکنّه قد اختار فیهاالخامس، ویمکن أن یکون المقصود التفاوت بین المنفعه المستوفاه ومنفعه حصّیهالمالک من الأرض، وحصّه من عمل العامل، فیوافق مختاره فی تلک المسأله، وأمّاعلی المختار فیها فلا یبعد أن یکون التقصیر فی حکم ترک الزراعه، فإن کانتالأرض تحت ید الزارع یضمن تمام أُجره الأرض؛ لأنّه الغاصب، وتمام الزرعالموجود لمالک البذر . (محمّد رضا الگلپایگانی). * إن صدق التفویت والإتلاف بالنسبه إلی المالک عرفاً، وإلّا فلا وجه له . (السبزواری). * لهذا وجه علی مسلکه من اشتراک البذر بینهما، وأمّا علی ما اخترناه من أنّه إذاکان البذر للزارع لا یکون المالک شریکاً فیه، فلا وجه له أصلاً، إلّا إذا کان التقصیربعد ظهور الزرع . وبالجمله : لذلک وجه فیما إذا کان البذر للمالک، أو کان التقصیر بعدظهور الزرع، وأمّا إذا کان للعامل وکان التقصیر قبل ظهوره فلا وجه له، نعم، للمالکحینئذٍ الفسخ، ومطالبه الزارع بأُجره المثل لمنفعه الأرض . (الروحانی). * إن کان المراد بالتفاوت هو التفاوت بین حاصله الموجود، وما کان یحصل معفرض عدم التقصیر فهو یلائم الوجه الرابع من الوجوه الستّه المتقدّمه فی مسأله ترکالزارع الزرع رأساً، ولا یلائم ما اختاره فیها من الوجه الخامس، وإن کان المراد بههو التفاوت بین المنفعه المستوفاه، ومقدار حصّه المالک من منفعه الأرض، ومنقیمه عمل الزارع فهو وإن کان ملائماً لما اختاره هناک إلّا أنّ إجراء حکم الترک علیالتقصیر غیر ظاهر، والمسأله محلّ إشکال . (اللنکرانی).

بحسب تخمين أهل الخُبره(۱) ، كما صرّح به المحقّق القمّی ۱(راجع جامع الشتات للميرزا القمّی: ۲/۲۵۸.) فی أجوبه مسائله.

الثانيه: إدّعاء المالک علی العامل التخلّف عن الشرط أو نحوه

الثانيه : إذا ادّعی المالک علی العامل عدم العمل بما اشترط فی ضمن عقد المزارعه من بعض الشروط، أو ادّعی عليه تقصيره فی العمل علی وجهٍ يضرُّ بالزرع، وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه فالقول قوله؛ لأنّه موتَمَن فی عمله. وكذا لو ادّعی عليه التقصير فی حفظ الحاصل بعد ظهوره وأنكر.

الثالثه: إدّعاء أحدهما شرطاً وإنكار الآخر أصل الاشتراط

الثالثه : لو ادّعی أحدهما علی الآخر شرطاً متعلّقاً بالزرع، وأنكر أصل الاشتراط فالقول قول المُنكِر.

ص: ۵۰۶

---

۱ - ۱. كأنّ مراده ما به التفاوت بين حاصله الموجود وما كان يحصل لو لم يقصّر فيعمله، وهو حسن لو قيل بالرابع من الوجوه الستّه المذكوره فی مسأله ترک الزرع،واختار الماتن هناک خامسها، والفرق غير واضح، والمسأله محلّ إشكال . (البروجردی).

الرابعه: إدّعاء الغبن فی المعامله

الرابعه : لو ادّعی أحدهما علی الآخر الغَبن فی المعامله فعلیه إثباته، وبعده له الفسخ(۱) .

الخامسه: مزارعه الأرض الموقوفه

الخامسه : إذا زارع المتولّی للوقف الأرض الموقوفه بملاحظه مصلحه البطون إلی مدّه(۲) لزم، ولا تبطل بالموت(۳) ، وأمّا إذا زارع البطن المتقدّم من الموقوف علیهم الأرض الموقوفه ثمّ مات فی الأثناء قبل انقضاء المدّه فالظاهر بطلانها(۴) من ذلک الحین(۵) ؛ لانتقال الأرض إلی البطن اللاحق، کما أنّ الأمر کذلک فی إجارته لها.

ص: ۵۰۷

۱- ۱. الکلام فی کونه فوریّاً أو مع التراخی هو الکلام فی خیار الغبن فی غیرها .(المرعشی).

۲- ۲. بشرط عدم طولها إلی حدٍّ یوجب تفویت العین . (المرعشی).

۳- ۳. عدم البطلان بموت المتولّی ممّا لا إشکال فیه، وأمّا بقاء المزارعهبعد موت البطن الأوّل فمحلّ تأمّلٍ وإشکال وإن کان المزارع هو المتولّی، کما مرّفی الإجاره . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. لو کان موت البطن المتقدّم بعد خروج وقت الزرع فالظاهر صحّهالمزارعه بالنسبه إلی مزروع تلک السنه، ولو کان البطن المتقدّم هو الزارعکان الزرع له بلا أُجرهٍ علیه للبطن المتأخّر، وکذلک الحال فی ثمره النخیلوالأشجار، أیضاً لو مات البطن المتقدّم بعد ظهورها، وترث الزوجه نصیبهامن جمیع ذلک . (جمال الدین الگلپایگانی). * بل یکون فضولیّاً متوقّفاً علی إجازه البطن اللاحق، وکذا فی الإجاره . (محمّدالشیرازی).

۵- ۵. لو کان موت البطن المتقدّم بعد خروج وقت الزرع فالظاهر صحّه المزارعهبالنسبه إلی مزروع تلک السنه، ولو کان البطن المتقدّم هو الزارع کان الزرع له بلاأُجرهٍ علیه للبطن المتأخّر، وکذلک الحال فی ثمره النخیل والأشجار، أیضاً لو ماتالبطن المتقدّم بعد ظهورها، وترث الزوجه نصیبها من جمیع ذلک . (النائینی).

لکن استشکل فیه المحقّق القمّی ۱(راجع جامع الشتات للمیرزا القمّی: ۳/۳۶۷.) بأنّ عقد المزارعه لازمه، ولا تنفسخ إلّا بالتقایل، أو ببعض الوجوه الّتی ذکروها، ولم یـذکروا فی تعدادها هذه الصوره، مع أنّهم ذکروا فی الإجاره بطلانها إذا آجَر البطن المتقدّم ثمّ مات فی أثناء المـدّه، ثمّ استشـعر عـدم الفرق بینهما بحسب القاعـده، فالتجأ إلی أنّ الإجاره أیضاً لا تبطل بموت البطن السابق فی أثناء المـدّه، وإن کان البطن اللاحق یتلقّی المِلک من الواقف لا من السابق، وأنّ ملکیّه السابق کانت إلی حین موته؛ بـدعوی أنّه إذا آجَر مدّهً لا تزید علی عمره الطبیعیّ، ومقتضی الاستصحاب بقاوه بمقداره، فکما أنّها فی الظاهر محکومه بالصحّه کذلک عنـد الشـارع وفی الواقع، فبموت السـابق ینتقـل ما قرّره من الاُجره إلی اللاحق، لا الأرض بمنفعتها، إلی آخر ما ذکره من النقض والإبرام. وفیه ما لا یخفی. ولا ینبغی الإشکال فی البطلان بموته فی المقامین.

السادسه: جواز مزارعه الکافر

السادسه : یجوز مزارعه الکافر(۱) ، مزارعاً کان أو زارعاً.

السابعه: النهی عن تسمیه حصّه للبذر وحصّه للبقر وثالثه للأرض

السابعه : فی جملهٍ(۲) من(۳) . . . .

ص: ۵۰۸

۱- ۱. قد مرّ قریباً آخر مسائل المضاربه ما یظهر منه الکراهه العامّه الشامله حتّیللمزارعه وأنّ أمیرالمومنین ـ سلام الله علیه ـ کره مشـارکتهم، إلّا أن تکون تجارهحاضـره لا یغیب عنها المسـلم (الوسائل : الباب (۲) من أبواب کتاب الشـرکه، ح ۲.). (کاشف الغطاء).

۲- ۲. لا یبعد دلاله هذه الأخبار علی ما تقدّم من عدم انعقاد عقد المزارعه بین أزید مناثنین . (النائینی).

۳- ۳. لا یبعد دلاله هذه الأخبار علی ما تقدّم من عدم انعقاد عقد المزارعه بین أزید مناثنین . (جمال الدین الگلپایگانی).

الأخبار(۱) النهی(الوسائل: الباب (۸) من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، ح۴، ۵، ۶.) عن جعل ثُلُثٍ للبذر وثُلث للبقر وثُلُثٍ لصاحب الأرض، وأنّه لا ینبغی أن یُسمّی بذراً ولا بقراً، فإنّما یحرم الکلام، والظاهر کراهته، وعن ابن الجنید(راجع مختلف الشیعه للعلّامه الحلّی: ۶/۱۹۱، الحدائق الناضره: ۲۱/۳۴۵.) وابن البرّاج(المهذّب لابن البرّاج: ۲/۱۰.) حرمته(۲) ، فالأحوط(۳) الترک(۴) .

الثامنه: جواز المصالحه عن الحصّه بمقدارٍ معیّن

الثامنه : بعد تحقّق المزارعه علی الوجه الشرعیّ یجوز لأحدهما بعد ظهور الحاصل أن یصالح الآخر عن حصّته بمقدارٍ معیّنٍ من جنسه، أو غیره بعد التخمین(۵) بحسب المتعارف، بل لا بأس(۶)

ص: ۵۰۹

۱- ۱. قد تقدّم أنّه لا یبعد دلاله هذه النصوص علی ما قوّینا من عدم جواز المزارعه بینأزید من اثنین . (الروحانی).

۲- ۲. وهو الأقوی . (صدرالدین الصدر). * وعن غیرهما أیضاً، وهو الأظهر . (الخوئی).

۳- ۳. لا یُترک . (الإصفهانی، البروجردی، عبدالهادی الشیرازی، أحمد الخونساری، عبداللهالشیرازی، محمّد رضا الگلپایگانی، اللنکرانی). * لا یُترک، وإن کان ما فی المتن أقرب . (الخمینی). * لا ینبغی ترکه . (المرعشی).

۴- ۴. لا یُترک . (الإصطهباناتی، مهدی الشیرازی، عبدالهادی الشیرازی، الشریعتمداری). * هذا الاحتیاط لا یُترک . (البجنوردی). * إن لم یکن أقوی . (حسن القمّی).

۵- ۵. علی الأحوط . (المرعشی).

۶- ۶. فیه تأمّل . (صدرالدین الصدر).

به(۱) قبل(۲) ظهوره(۳) أيضاً(۴) . كما أنّ الظاهر جواز مصالحه(۵) أحدهما مع الآخر عن حصّته فى هذه القطعه من الأرض بحصّه الآخر فى الاُخرى، بل الظاهر جواز تقسيمهما(۶) بجعل إحدى القطعتين لأحدهما

۱- ۱. مشكل . (أحمد الخونسارى). * فيه إشكال، إلّا مع الضميمه . (عبدالله الشيرازى). * مشكل . (اللنكرانى).

۲- ۲. ولكن مع ضميمهٍ على الأحوط، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاه على نبيّه وآلهالطاهرين . (جمال الدين الگلپايگانى).

۳- ۳. ولكن مع ضميمه على الأحوط، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاه على نبيّه وآلهالطاهرين . (النائينى). * مشكل، إلّا مع الضميمه . (الإصطهباناتى). * مشكل . (البروجردى). * فيه تأمّل . (مهدى الشيرازى، عبدالهادى الشيرازى، محمّد رضا الگلپايگانى). * فيه تأمّل وإشكال . (البجنوردى). * إن كان قبل التخمين فالغَرر فى مثل هذا الصلح واضح، وإن كان مع التخمينفلا يمكن أن يُخمّن الشىء قبل ظهوره، مضافاً إلى أنّه من قبيل الصلحعلى المعدوم . (الفانى). * فيه إشكال . (الخمينى، الروحانى، اللنكرانى). * فيه إشكال، إلّا فى صوره العلم بظهوره، أو ضمّ ضميمه . (المرعشى).

۴- ۴. مشكل . (الإصفهانى، حسن القمّى). * فيه إشكال، إلّا إذا كان مع الضميمه . (الخوئى). * لو كان مع الضميمه لَسَلِم عن الإشكال . (السبزوارى).

۵- ۵. أى بعد ظهور الحاصل . (عبدالله الشيرازى).

۶- ۶. أى بعد ظهور الزرع . (عبدالهادى الشيرازى).

والُاخرى للاخر؛ إذ القدر المُسَلَّم لزوم جعل الحصّه مشاعهً من أوّل الأمر وفى أصل العقد.

التاسعه: جواز المزارعه على الأرض البائره وبعض صور الاشتراط

التاسعه : لا يجب فى المزارعه على أرضٍ إمكان زرعها من أوّل الأمر وفى السنه الُاولى، بل يجوز المزارعه على الأرض بائرهً لا يمكن زرعها إلّا بعد إصلاحها وتعميرها سنهً أو أزيد. وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفهً وقفاً عامّاً أو خاصّاً وصارت بائرهً يجوز للمتولّى أن يُسلِّمها إلى شخصٍ بعنوان المزارعه إلى عشر سنين أو أقلّ أو أزيد، حسب ما تقتضيه المصلحه، على أن يُعمِّرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه، ثمّ يكون(١) الحاصل مشتركاً(٢) بالإشاعه بحصّهٍ معيّنه.

العاشره: استحباب الدعاء عند نثر الحبّ

العاشره : يستحبّ للزارع ــ كما فى الأخبار ــ الدعاء عند نثر الحبّ بأن يقول: «اللهمّ قد بذرنا وأنت الزارع، واجعله حبّاً متراكِماً»(الكافى: ٥/٢٦٣، ح٢، الوسائل: الباب (٥) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح٢، باختلافٍيسير.)، وفى بعض

١- ١. على وجهٍ لا يلزم تعليق فى مفادّ عقد المزارعه بأن يُنشئ فعلًا المزارعه فيالسنين الآتيه، بمعنى كون تسليطه على الانتفاعات الآتيه، بعمله (كذا فى نسخه الأصل، وفى نسخه اُخرى : (فعليّه).) ، لا معلّقه عليمجىء السنين الآتيه، وإلّا فيبطل للإجماع على بطلان العقود المعلّقه . (آقاضياء).

٢ - ٢. فالزارع يزرع فى تلك المدّه لنفسه، ولم تتحقّق المزارعه إلى الانقضاء، ثمّ تتحقّقالمزارعه من حيث الاشتراك، فالاشتراك شرط فى المزارعه فى الجمله، لا فى تماماالأوقات من حين التسليم . (المرعشى). * وتكون المزارعه من حين الاشتراك، وأمّا قبله فيزرع العامل لنفسه بالشرط .(محمّد رضا الگلپايگانى).

الأخبار(۱) : «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضهً من البذر واستقبل القبله وقل: (أَفَرَأَيْتُم مَّا تَحْرُثُونَ.

* ءَأَنتُمْ تَزرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ آلزَّارِعُونَ)(الواقعه: ۶۳ _ ۶۴.) ثلاث مرّات، ثمّ تقول: بل الله الزارع، ثلاث مرّات، ثمّ قل: اللهمّ اجعله حَبّاً مباركاً وارزقنا فيه السلامه»، ثمّ انثر القبضه الّتی فی یدک فی القَراح(۲) (الوسائل: الباب (۵) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح۳.).

وفی خبرٍ آخر: «لمّا هبط آدم عليه السلام إلى الأرض احتاج إلى الطعام والشراب، فشكا ذلك إلى جبرئيل، فقال له جبرئيل: يا آدم، كُن حرّاثاً، فقال عليه السلام: فعلّمنی دعاءً، قال قل: اللهمّ اكفِنی موونه الدنيا، وكلّ هولٍ دون الجنّه، وألبِسنی العافيه حتّى تُهنّئنی المعيشه»(الوسائل: الباب (۵) من أبواب كتاب المزارعه والمساقاه، ح۱.).

تَمَّ كتاب المزارعه

* * *

۱- ۱. وهی معتبره مرويّه فی كتب الفريقين، وقد جرّب العمل به مراراً . (المرعشی).

۲- ۲. القَراح بالفتح : المزرعه، أی الأرض الّتی تُزرع] و [ليس فيها بناء ولا شجر .(الفيروزآبادی).

كتاب المساقاه

ص: ٥١٣

کتاب المساقاه

معنی المساقاه ومشروعیّتها

وهی معامله(۱) (راجع لسان العرب: ۱۱/۴۷۶، (ماده عمل)، مجمع البحرین: ۲/۳۸۹، (ماده سقی).) علی أُصولٍ(۲) ثابتهٍ(۳) بحصّهٍ

ص: ۵۱۵

۱- ۱. اختلفت کلماتهم فی تحدیدها کاختلافهم فی المزارعه . وبالجمله : ما أفاده ۱ منباب شرح الاسم، کتحدید بعض مُحشّی القواعد بأنّها معامله علی سقی أُصول ثابتهبحصّهٍ من ثمرها . وقال بعض شرّاح اللمعه (راجع : شرح اللمعه للشهید الثانی : ۴/۳۰۹ _ ۳۱۱ ، جامع المقاصد للکرکی : ۷/۳۴۳ ، مسالکالأفهام : ۵/۳۷ _ ۳۸ ، الحدائق الناضره : ۲۱/۳۵۱.): إنّها معامله مؤلّفه من إضافتَین : إضافه بین المالک والعامل بإلزامه علی الأعمال المشروطه فی المساقاه، وإضافه بینالأُصول الثابته والعامل، مستلزمه لاستیلائه علی سقیها وسائر خدماتها، وحیث إنّهذه التحدیدات _ کما فی أکثر عناوین المعاملات _ لفظیّه مع وضوح المرادفالخطب سهل . (المرعشی). * بل هی اتّفاق بین شخص مع آخر . (مفتی الشیعه)

۲- ۲. یعنی معامله علی سقیها بحصّهٍ من ثمرها، فهی تشبه الاستئجار للعمل، بلیحتمل قریباً أن تکون داخلاً فی عنوان الإجاره، وقد اغتفر فی خصوص هذهالإجاره الجهاله، کما مرّ فی المزارعه، ولازم ذلک جواز إیقاع صیغتها بلفظ « الإجاره » ، ولعلّه لا یرضی به الأصحاب . وکیف کان فیملک صاحب الأُصول علیالعامل العمل، کالمستأجِر بالنسبه إلی الأجیر . (الإصفهانی).

۳- ۳. أی من جهه سقیها وتربیتها . (عبدالله الشیرازی). * ویصحّ أن یقال : إنّ حقیقتها اعتبار إضافهٍ بین الأُصول الثابته والعامل، مستتبعهلتسلّطه علی سقیها وإصلاحها، وملکیّته للحصّه من ثمرها، وإضافه أُخری بین المالک والعامل، مستتبعه لتسلّط المالک علی العامل بأن یجبره علی ما یأتی منالأعمال . وعند بعضٍ (راجع : جواهر الکلام : ۲۷/۵۰ ، شرح اللمعه للشهید الثانی : ۴/۳۱۱.): هی معامله علی سقی أُصولٍ ثابتهٍ بحصّهٍ من ثمرها؛وعلیه فهی إضافه بین المالک والعامل، مستتبعه لتسلّطه علیه لأن یعمل ما علیه بإزاءالحصّه، نظیر الإجاره، بل هی نوع منها، غایه الأمر یغتفر فیها الجهاله الملازمه لها،والأوّل أقوی فی الاعتبار؛ ولذا لا یصحّ إنشاوها بلفظ الإجاره . (محمّد رضاالگلپایگانی).

من ثمرها(۱) ، ولا إشكال فی مشروعیّتها فی الجمله، ویدلّ علیها مضافاً إلی العمومات(۲) : خبر یعقوب بن شعیب(۳) ، عن أبی عبدالله علیه السلام: سألته عن الرجل یُعطی الرجلَ أرضَه وفیها رُمّان أو نخل أو فاکهه، ویقول: اسقِ هذا من الماء واعمُره ولک نصف ما اُخرج؟ قال علیه السلام: «لا بأس»(الوسائل: الباب (۹) من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، ح۲.).

وجمله من أخبار خیبر، منها: صحیح الحلبی(۴) ، قال: أخبرنی أبو عبدالله علیه السلام: أنّ أباه حدّثه أنّ رسول الله صلی الله علیه و آله أعطی خیبراً بالنصف أرضها ونخلها، فلمّا أدرکت الثمره بعث عبدالله بن رواحه...، إلی آخره(الوسائل: الباب (۱۰) من أبواب بیع الثمار، ح۲.).

ص: ۵۱۶

۱- ۱. لو لا وحشه التفرّد لقلنا هی المعامله لمصلحه الأشجار بحصّهٍ من نمائها، منفصلاًکان أو متّصلاً . (السبزواری).

۲- ۲. مرّ أنّ العمومات لا تشمل مثل هذه المعامله . (الخوئی).

۳- ۳. هذا الخبر من حیث السند صحیح بلا إشکال . (الفانی).

۴- ۴. ومنها : ما رواه العامّه، عن ابن عمر (السنن الکبری للبیهقی : ۶/۱۱۴ ، سنن الدارقطنی : ۳/۳۴ ، المدوّنه الکبری لمالک : ۵/۲): أنّه صلی الله علیه و آله ساقی أهل خیبر بالنصف . (محمّدرضا الگلپایگانی).

هذا، مع أنّها من المعاملات العقلائيّه، ولم يَرِد نهى عنها، ولا غَرر فيها(۱) حتّى يشملها النهى عن الغَرر.

شرائط المساقاه :

اشاره

ويُشترط فيها اُمور :

الأوّل: الإيجاب والقبول

الأوّل : الإيجاب والقبول(۲) ، ويكفى فيها كلّ لفظٍ(۳) دالٍّ على المعنى المذكور، ماضياً كان أو مضارعاً أو أمراً(۴) ، بل الجمله الاسميّه مع قصد الإنشاء بأيّ لغهٍ كانت، ويكفى القبول الفعليّ(۵) بعد الإيجاب القوليّ، كما أنّه يكفى المعاطاه(۶) .

ص: ۵۱۷

۱- ۱. والأولى أن يقال : إنّ النهى المزبور] منصرف [(ما بين المعقوفتين لا يوجد فى نسخه الأصل المطبوع، فأضفناه من نسخهٍ اُخرى .) إلى الغَرر غير المأخوذ فى قوامالمعامله، وأمّا المأخوذ فيه كما فى أمثال هذه العقود فلا يشملها النهى المزبور،فكأنّه من تلك الجهه، نظير عمومات نفى الضرر والحرج، كما لا يخفى . (آقاضياء). * هذه المعامله صحيحه، غَرريّه كانت أو لا . (الخمينى). * بل هى صحيحه ولو كان فيها غَرر . (المرعشى).

۲- ۲. ولا يعتبر فيها ولا فى غيرها تعدّد الموجب والقابل فى الخارج، ويكفى التعدّدالاعتبارى . (المرعشى).

۳- ۳. بشرط الظهور العرفىّ فيها . (المرعشى).

۴- ۴. على تأمّلٍ فى انعقاد المعامله به . (الكوه كَمَرى).

۵- ۵. بل لا يكفى فى عنوان المعامله . (الكوه كَمَرى). * الأحوط اعتبار القبول القوليّ . (مهدى الشيرازى). * مرّ الإشكال فيه فى كتاب المزارعه . (اللنكرانى).

۶- ۶. حالها حال المزارعه، وقد تقدّم ما هو الأصحّ، أو الأحوط فيها . (كاشف الغطاء).

الثانی: البلوغ والعقل والاختیار

الثانی : البلوغ(۱) والعقل والاختیار.

الثالث: عدم الحَجْر

الثالث: عدم(۲) الحَجْر لسَفَهٍ أو فَلَس(۳) .

ص: ۵۱۸

۱- ۱. یکفی إشراف الولیّ . (الفانی).

۲- ۲. هذا إنّما یعتبر بالإضافه إلی المالک دون العامل إذا لم یستلزم تصرّفاً مالیّاً، کما مرّفی کتاب المزارعه . (اللنکرانی).

۳- ۳. بالنسبه إلی المالک . (صدرالـدین الصدر). * لا یقدح فَلَس العامل فی صـحّتها إذا لم یکن علیه إلّا صـرف العمل، نعم، لواشترط علیه صـرف مـالٍ مثـل المـاء ونحوه فلاـ تصـحّ . (الإصـطهباناتی). * فَلَس العامل غیر مانعٍ من صـحّتها . (البروجردی، عبدالله الشیرازی). * فی المالک، لا فی العامل، کما یأتی منه ؛ . (مهدی الشیرازی). * أی فَلَس المالک وأمّا فَلَس العامل فغیر مـانع . (عبـدالهادی الشـیرازی). * عـدم الحَجر لِفَلَسٍ شـرط للمالـک لاـ للعامـل . (البجنوردی). * فَلَس العامـل غیر قادحٍ فی الصحّه إن لم یشترط علیه صرف المال . (الشریعتمداری). * لا یُعتبر عدم فَلَس العامل . (الفانی). * لا یعتبر فی العامل ذلک . (الخمینی). * فی المالک، وأمّا العامل فلا یُعتبر عدم حَجره من الفَلَس، إلّا أن یشترط تصرّفمالیّ فی أموال نفسه . (المرعشی). * هذا إنّما یعتبر فی المالک دون العامل . (الخوئی، الروحانی). * یشترط فی صحّه المساقاه عدم فَلَس المالک، وأمّا عدم فَلَس العامل فمبنیّ علیالاحتیاط، کما مرّ فی الأبواب السابقه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * یختصّ عدم الفَلَس بالمالک، دون العامل . (السبزواری). * أی فَلَس المالک، دون العامل . (محمّد الشیرازی). * لا یعتبر عدم الفَلَس فی العامل، واعتبار عدم السَفَه فیه أیضاً محلّ تأمّل . (حسنالقمّی). * فی المالک دون العامل . (مفتی الشیعه).

الرابع: كون الاُصول مملوكه عيناً أو منفعه

الرابع : كون الاُصول مملوكةً عيناً ومنفعه، أو منفعةً فقط، أو كونه نافذ التصرّف فيها لولايه أو وكاله أو توليه.

الخامس: كونها معيّنه عندهما

الخامس : كونها معيّنةً عندهما معلومةً لديهما.

السادس: كونها ثابته مغروسه

السادس : كونها ثابتةً مغروسه، فلا تصحّ فی(١) الوَدِیّ(٢) ، أی الفَسِیل قبل الغَرس.

السابع: تعیین المدّه

السابع : تعیین المدّه بالأشهر والسِنین(٣) ، وکونها بمقدارٍ یبلغ فیه الثمر غالباً. نعم، لا یبعد(۴) جوازها(۵) فی العام الواحد(۶) إلی بلوغ الثمر(٧) من غیر ذِکر الأشهر؛ لأنّه معلوم بحسب التخمین، ویکفی ذلک فی رفع الغَرر(٨) ، مع أنّه الظاهر من روایه یعقوب(٩)

١- ١. علی الأحوط . (محمّد الشیرازی).

٢- ٢. الوَدِیّ بفتح الواو وکسر الدال وتشدید الیاء : الفَسیل، وهو الصغیر من النخل .(الفیروزآبادی). * بعنوان المساقاه . (المرعشی).

٣- ٣. علی الأحوط . (حسن القمّی).

۴- ۴. إذا کان المبدأ معلوماً ولو للانصراف إلی الشروع من حین العقد، أو بحسب العرفوالعاده . (اللنکرانی).

۵- ۵. فیه بُعد . (الکوه کَمَری).

۶- ۶. مع معلومیّه مبدأ الشروع فی السقی، أو العمل . (الخمینی).

٧- ٧. حیث تکون مدّته معلومةً بالتعارف . (المرعشی). * فیما إذا کانت مدّته معلومةً بحسب العاده، کما هو المفروض . (محمّد رضاالگلپایگانی).

٨- ٨. قد تقدّم الإشکال فی ثبوت مانعیّه الغَرر فیها . (المرعشی).

٩- ٩. لا ظهور فیها لذلک، وهی ناظره إلی هذه الجهه، فالأحوط التعیین . (کاشف الغطاء).

ابن شعیب(۱) المتقدّمه(الوسائل: الباب (۹) من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، ح۲. وقد تقدّمت أیضاً فی صفحه ۵۱۶من المتن، فراجع.).

الثامن: أن یکون قبل ظهور الثمر

الثامن : أن یکون قبل ظهور الثمر، أو بعده(۲) وقبل(۳) البلوغ(۴) ، بحیث کان یحتاج بَعدُ إلی سقیٍ أو(۵) عملٍ آخر، وأمّا إذا لم یکن کذلک ففی صحّتها إشکال(۶) ، وإن کان محتاجاً إلی حفظ أو قطوف أو نحو ذلک.

التاسع: أن تکون الحصّه معیّنه مشاعه

التاسع : أن تکون الحصّه معیّنهً مشاعه، فلا تصحّ مع عدم تعیینها إذا لم یکن هناک انصراف، کما لا تصحّ إذا لم تکن مشاعهً بأن یجعل لأحدهما مقداراً معیّناً والبقیّه للاخر. نعم،

۱- ۱. هذا الخبر من حیث السند صحیح بلا إشکال . (الفانی).

۲- ۲. فیه إشکال . (المرعشی). * فی صحّه المساقاه بعد ظهور الثمره تأمّل وإشکال . (الروحانی).

۳- ۳. فیه إشکال . (عبدالله الشیرازی).

۴- ۴. فی صحّتها حینئذٍ إشکال، ولا سیّما فی فرض الاستغناء عن السقی . (الخوئی).

۵- ۵. ممّا یوجب الاستزاده، أو تحسین الثمره، وإلّا ففیه إشکال . (حسن القمّی).

۶- ۶. سیجیء منه قدس سره الاتّفاق علی عدم صحّتها، مع عدم الاحتیاج إلی السقی إن أدرکوبلغ . (الفیروزآبادی). * لا ینبغی الإشکال؛ لأنّها ــ کما ذکر فی نظائرها ــ معامله عقلائیّه، ولا غَرر فیها .(کاشف الغطاء). * لکن تصحّ الجُعاله بلا إشکال . (مهدی الشیرازی). * الظاهر عدم الصحّه . (الخوئی). * والصحّه غیر بعیده . (محمّد الشیرازی). * لکن بعنوان الجُعاله لا إشکال فیه . (حسن القمّی).

لا يبعد(۱) جواز(۲) أن(۳) يجعل(۴) لأحدهما أشجاراً معلومةً(۵) وللاخر

۱- ۱. فيه إشكال . (الفيروزآبادى). * اختصاص أحدهما بأشجارٍ معلومه، والآخر بأُخرى بلا اشتراكٍ فى شىءٍ منهماكما هو ظاهر المتن غير صحيح . نعم، لا يبعد الصحّه مع الاشتراک، كما فى الفرعَينالتاليَين . (الخمينى). * فيه وفى ما يتلوه من الفروض إشكال . (المرعشى). * فيه إشكال، وقد التزم بعدم الصحّه فى مثله فى المزارعه . (الخوئى). * بل هو بعيد . (الروحانى). * الظاهر عدم الجواز، كما اختاره فى المزارعه، نعم، لو حُمِلت العباره علىالاشتراک فى الباقى ــ كما هو خلاف ظاهرها ــ يمكن القول بالجواز، مع أنّه أيضاًمشكل، كما فى الفرضَين التاليَين، إلّا إذا كانت الأشجار المعيّنه خارجةً عنالمساقاه . (اللنكرانى).

۲- ۲. محلّ إشكال، وكذا فى ما بعده . (أحمد الخونسارى). * فيه وفى الصورتَين التاليتَين إشكال . (حسن القمّى).

۳- ۳. بل هو بعيد . (الكوه كَمَرى). * الأقرب عدم الجواز فى الفروض الثلاثه، ولو فرض صحّتها فى نفسها لأجلالعمومات أو وقعت بعنوان الصلح فلا يلحقها الأحكام الخاصّه بالمساقاه .(صدرالدين الصدر).

۴- ۴. بأن يجعل حصّته المشاعه فى النخلات المعلومه الّتى مرجعها إلى إفرازها بعدإشاعتها، لا أن يجعل أصل سهمه من الأوّل فى النخلات بتمام ثمرها، نعم، لا بأسأيضاً بجعل حصّته فى ضمن ثمرات الأشجار فى خصوصها؛ كى تصير حصّتهمشاعه ولو فى الجمله . (آقا ضياء). * بل بعيد، وليس بمساقاه؛ إذ حقيقه هذه المعامله جعل حصّةٍ من الثمر بإزاء سقيهوأعماله الأُخر . (البجنوردى).

۵- ۵. معدوده مع الاشتراک فى العمده، وكذا فى الفرضَين التاليَين . (مهدى الشيرازى). * فيه إشكال . (عبدالهادى الشيرازى، محمّد رضا الگلپايگانى). * فيه إشكال ولو مع الاشتراک فى البقيّه، وكذا فى تاليها . (عبدالله الشيرازى). * مع كونهما شريكَين فى الباقى . (الشريعتمدارى). * بأن يجعل حصّته المعلومه المشاعه فيها مع اشتراكهما فى البقيّه، لا بأن يجعلسهمه من الأوّل فيها . (المرعشى). * مع الشركه فى البقيّه ولو فى الجمله . (السبزوارى).

أُخرى(۱) ، بل وكذا لو اشتُرِط(۲) اختصاص أحدهما بأشجارٍ معلومهٍ(۳) والاشتراک فی البقیّه، أو اشتُرِط لأحدهما مقدار معیّن(۴) مع الاشتراک فی البقیّه إذا علم کون الثمر أزید من ذلک المقدار، وأنّه تبقی بقیّه.

العاشر: تعیین ما علی المالک وما علی العامل

العاشر : تعیین ما علی المالک من الاُمور، وما علی العامل من الأعمال إذا لم یکن هناک انصراف.

صحّه المساقاه قبل ظهور الثمر

(مسأله ۱) : لا إشکال فی صحّه المساقاه قبل ظهور الثمر، کما لا خلاف(۵) فی . . . .

ص: ۵۲۲

۱- ۱. ومع اشتراکهما فی تلک الاُخری، وإلّا فالأقوی عدم صحّه المساقاه .(الإصطهباناتی). * أی مع اشتراکهما فی الباقی، وإلّا فلا تصحّ المساقاه قطعاً، ومع ذلکفالصحّه مع فرض دخول تلک الأشجار فی المساقاه لا تخلو من إشکال، وکذاما بعده . (البروجردی). * مع الاشتراک فی البقیّه . (الفانی).

۲- ۲. فیه إشکال، بل منع، کما تقدّم فی المزارعه فی المسأله الخامسه . (الخوئی).

۳- ۳. بأن تکون هذه الأشجار خارجهً عن المساقاه، وإلّا فمشکل، کما مرّ . (محمّد رضاالگلپایگانی).

۴- ۴. فیه أیضاً إشکال . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- ۵. اعتباره أوّل الدعوی . (السبزواری).

عدم صحّتها(۱) بعد البلوغ(۲) والإدراک بحیث لا یحتاج إلی عملٍ غیر الحفظ والاقتطاف. واختلفوا(۳) فی صحّتها إذا کان بعد الظهور قبل البلوغ، والأقوی ــ کما أشرنا ــ إلیه صحّتها(۴) ، سواء کان(۵) العمل ممّا یوجب الاستزاده(۶) أم لا(۷) ، خصوصاً إذا کان فی جملتها بعض الأشجار الّتی بَعدُ لم یظهر ثمرها.

۱- ۱. لکن یصحّ فیها علی نحو الشرط، والإجاره، والصلح، والعقد المستقلّ . (محمّدالشیرازی).

۲- ۲. علی إشکالٍ فیه تقدّم منه . (حسن القمّی).

۳- ۳. والأقوی أنّ الصحّه وعدمها تدور مدار احتیاج الاُصول إلی السقی وعدمه .(صدرالدین الصدر).

۴- ۴. وقد مرّ الإشکال فیها . (الخوئی، الروحانی). * إذا کان العمل موجباً لاستزادها، وإلّا ففیه إشکال . (مفتی الشیعه).

۵- ۵. محلّ إشکال مطلقاً . (أحمد الخونساری).

۶- ۶. مرّ الإشکال فیه . (عبدالله الشیرازی).

۷ – ۷. فی الثانی إشکال . (الإصطهباناتی). * البطلان فی الثانی لا یخلو من قوّه، بل الأوّل أیضاً لا یخلو من إشکال .(البروجردی). * الأقرب عدم الصحّه فی ما لا یوجب استزاده ولو فی الکیفیّه، إلّا أن یکون بعنوانجعاله أو إجاره . (مهدی الشیرازی). * مع عدم الاحتیاج إلی السقی، ولا إلی عمل تستزاد به، فالأقرب البطلان، إلّا إذاکانت الأشجار مختلطهً بعضها یحتاج وبعضها یستغنی . (الخمینی). * صوره عدم الاستزاده لا یخلو من إشکال . (المرعشی). * فیما لا یکون فیها عمل یوجب زیاده الثمر إشکال . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع إقدام العرف علیه . (السبزواری). * الصحّه فی صوره عدم الاستزاده محلّ إشکال، إلّا أن یکون بعنوان معاملهٍ اُخری .(حسن القمّی). * فیه بل فی الفرض الأوّل أیضاً إشکال . (اللنکرانی).

المساقاه على أشجار لا ثمر لها

(مسأله ۲) : الأقوى جواز(۱) المساقاه(۲) على الأشجار الّتى لا ثمر لها، وإنّما ينتفع بورقها(۳) ، كالتُوت والحِنّاء ونحوهما.

المساقاه على اُصول غير ثابته

(مسأله ۳) : لا يجوز(۴) عندهم(۵) المساقاه(۶) على اُصولٍ غير ثابته،

ص: ۵۲۴

۱- ۱. محلّ تأمّل . (البروجردى، عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. وإن كان الأحوط الاستئجار أو الجعل لها، وكذا فى المسائل الأربع التاليه . (مهديالشيرازى). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك . (الخوئى). * فيه إشكال . (محمّد رضا الگلپايگانى). * الأقوى عدم صحّتها إلّا فى الحناء والتوت وإن كان الأحوط فيهما أيضاً أن تكونبعنوان الجعاله دون المساقاه . (مفتى الشيعه).

۳- ۳. أو وردها .(الخمينى). * وأليافها ووردها وعصارتها . (المرعشى).

۴- ۴. وهو الأقوى، كما أنّ الأقوى عدم الجواز فى مطلق الزرع أيضاً . (الخمينى).

۵- ۵. وهو الأقوى . (الإصفهانى، الإصطهباناتى، البروجردى، أحمد الخونسارى، عبداللهالشيرازى). * ما ذكروه هو القدر الثابت من الأخبار الموافق لبناء العقلاء فى المساقاه،وكون المساقاه فى المذكورات لا بعنوانها، بل بعنوانٍ آخر فغير ثابته، فلابدّ منالقول بعدم الجواز . (الفانى). * الأقوى أنّها ليست بمساقاةٍ مصطلحهٍ وإن كانت صحيحه، ولكن لا تترتّب عليهاالآثار الخاصّه للمساقاه . (المرعشى).

۶- ۶. هذا هوالأقوى، وكذلك الأمرفى مطلق الزرع، نعم، يمكن إيقاع المعامله فيهما ïبعقد الصلح أو الشرط فى ضمن عقد لازم . (البجنوردى). * وهو الأظهر . (الروحانى).

كالبَطِّيخ والباذِنجان والقُطْن وقَصَب السُكّر ونحوها(١) ، وإن تعدّدت اللقطات فيها كالأوّلَين.

ولكن لا يبعد(٢) الجواز(٣) ؛ للعمومات وإن لم يكن من المساقاه المصطلحه(۴) ، بل لا(۵) يبعد(۶) الجواز(٧) . . . .

ص: ۵۲۵

١- ١. كالانتفاع بوردها وأغصانها وظلّها ونحو ذلك . (السبزوارى).

٢- ٢. بل بعيد إن كان بقصد المساقاه . (صدرالدين الصدر). * محلّ إشكال، وأولى منه مطلق الزرع . (اللنكرانى).

٣- ٣. بعنوان المصالحه ونحوها . (الكوه كَمَرى). * فيه وفى ما بعده منع . (عبدالهادى الشيرازى). * بعيد جّداً . (أحمد الخونسارى، عبدالله الشيرازى). * لا يُترك الاحتياط فيها وفى مطلق الزرع، وقد تقدّم أنّ العمومات لا تشمل أمثالهذه المعاملات . (الخوئى). * بل بعيد فيها وفى مطلق الزرع، نعم، لا بأس بالمعامله فيها بعنوان المصالحه أوالاشتراط فى ضمن العقد . (محمّد رضا الگلپايگانى). * لا يُترك الاحتياط فيها وفى مطلق الزرع . (حسن القمّى).

۴- ۴. فلا يلحقها حكمها، وربّما كان ذلك مراد المشهور . (صدرالدين الصدر). * تقدّم نفى البعد عن كونها مساقاهً مصطلحه، وكذا المسأله السادسه . (محمّدالشيرازى).

۵- ۵. الأقوى عدم الجواز فيها وفى مطلق الزرع، ولكن لا بأس بإيقاع المعامله فيهمابعقد الصلح، أو الاشتراط فى ضمن عقده . (جمال الدين الگلپايگانى).

۶- ۶. بعيد جدّاً . (الإصفهانى).

٧- ٧. الأقوى عدم الجوازفيها وفى مطلق الزرع، ولكن لابأس بإيقاع المعامله فيهما آ بعقد الصلح، أو الاشتراط فى ضمن عقده . (النائينى). * بل يَبعد جدّاً . (الإصطهباناتى).

فی مطلق(۱) الزرع کذلک(۲) ؛ فإنّ مقتضی العمومات الصحّه بعد کونه من المعاملات العقلائیّه، ولا یکون من المعاملات الغَرَریّه عندهم(۳) ، غایه الأمر أنّها لیست من المساقاه المصطلحه.

المعامله علی أشجار لا تحتاج إلی السقی

(مسأله ۴) : لا(۴) بأس(۵) بالمعامله(۶) علی أشجارٍ لا تحتاج(۷) إلی السَقی(۸) ؛ لاستغنائها بماء السماء، أو لِمَصّ اُصولها من رطوبات الأرض وإن احتاجت إلی أعمال اُخر(۹) ، ولا یضرّ عدم صدق المساقاه حینئذٍ؛ فإنّ هذه

۱- ۱. بعید جدّاً . (البروجردی).

۲- ۲. بعنوان المصالحه، کما تقدّم . (الکوه کَمَری).

۳- ۳. کیف لا یکون منها مع عدم معلومیّه مقدار الحاصل؟ ! (الروحانی).

۴- ۴. الأحوط أن یکون بعقد الصلح، أو الاشتراط فی ضمن عقده . (جمال الدینالگلپایگانی).

۵- ۵. الأحوط أن یکون بعقد الصلح، أو الاشتراط فی ضمن عقده . (النائینی).

۶- ۶.. * فیه إشکال، والاحتیاط فیه لا یُترک . (الإصفهانی، أحمد الخونساری). * محلّ تأمّل وإشکال . (الإصطهباناتی). * فیه إشکال، ولا یُترک الاحتیاط، وإن کان الجواز لا یلازم الجواز هناک . (عبداللهالشیرازی).

۷- ۷. ولکن تحتاج إلی أعمالٍ باعثهٍ للاستزاده والحفظ وغیرهما . (المرعشی). * بشرط أن تحتاج إلی عملٍ یوجب زیاده الثمر . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۸- ۸. حیث إنّه خارج عن المساقاه عند العرف والعقلاء، فالأولی إیقاعها بعقد الصلح،أو الشرط فی ضمن عقد لازم . (البجنوردی).

۹- ۹. موجبه لاستزاده الثمره کمّیّهً أو کیفیّه، وفی غیر هذه الصوره محلّإشکال . (الخمینی). * موجبه للاستزاده، وإلّا فمحلّ إشکال . (اللنکرانی).

اللفظه(۱) لـم تَرِد(۲) فی خبرٍ(۳) من الأخبـار(۴) ، وإنّمـا هی من اصـطلاح العلماء، وهـذا التعبیر منهم مبنیّ علی الغالب؛ ولـذا قلنا(۵) بالصحّه(۶) إذا کانت المعامله

ص: ۵۲۷

۱- ۱. قد ورد لفظ السقی فی الروایه، ولکنّ الظاهر أنّه لا موضوعیّه له . (الخوئی).

۲- ۲. إلّا فی الخبر الّذی ذکره فی صدر الکتاب، إلّا أن یرید لفظ المساقاه . (صدرالدینالصدر). * نعم، ورد فی خبر یعقوب بن شعیب المتقدّم التعبیر بلفظ « اسقِ » ، ولعلّ مثله هیالعلّه للتعبیر من العلماء ــ رضوان الله علیهم ــ وجری اصطلاحهم علی ذلک .(اللنکرانی).

۳- ۳. قد مرّ وروده فی ما رواه العامّه عن ابن عمر وخبر ابن شعیب (الوسائل : الباب (۹) من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، ح ۲.) عن الصـادق علیه السـلام ،المرویّ من طرق الخـاصّه أیضاً، وفیه لفظه « اسقِ » ، کما نقله قـدس سـره ، وهی کافیهلمشـروعیّه العنوان . (محمّـد رضـا الگلپایگـانی). * تقـدّم عن المـاتن قـدس سره ورود هـذه اللفظه فی خـبر یعقوب بن شـعیب . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. بـل فی خبر یعقوب بن شـعیب المتقـدّم فی أوّل الکتـاب إشـاره إلی ذلـک، فراجع .(الإصـطهباناتی). * بل ورد فی خبر یعقوب بن شـعیب إشاره إلیه بقوله علیه السـلام: « اسقِ ». (المرعشـی). * نعم، تقـدّم فی صـحیح ابن شـعیب لفظ الأمر من مادّه السقی، فراجع، ولکنّه منباب الغالب . (السبزواری).

۵- ۵. الاستغناء من السقی أمرٌ وظهور الثمر أمرٌ آخر، ولا ملازمه بین القول بالجواز فیالأوّل والقول به فی الثانی . (اللنکرانی).

۶- ۶. القول بالجواز هنا لا یستلزم القول به هناک . (الخوئی). * لا ملازمه بین القول بالجواز هناک والقول به هنا . (الروحانی).

بعد ظهور الثمر واستغنائها(۱) من السقی، وإن ضُویِقَ نقول بصحّتها، وإن لم تکن من المساقاه المصطلحه.

المساقاه علی فسلانٍ مغروسه

(مسأله ۵) : یجوز المساقاه(۲) علی فُسلانٍ(۳) مغروسهٍ وإن لم تکن مثمره، إلّا بعد سنینَ بشرط تعیین مدّهٍ(۴) تصیر مثمرهً فیها(۵) ولو بعد خمس(۶) سنین أو أزید.

المساقاه علی ودیّ غیر مغروسه

(مسأله ۶) : قد مرّ أنّه لا تصحّ المساقاه علی وَدِیٍّ غیر مغروس، لکنّ الظاهر جواز(۷) إدخاله فی المعامله علی الأشجار المغروسه، بأن یشترط علی العامل غرسه فی البُستان المشتمل علی النخیل والأشجار، ودخوله فی

۱- ۱. بل لم نقل بالصحّه، ولو صحّت لکانت معامله اُخری لا ربط لها بالمساقاه .(صدرالدین الصدر).

۲- ۲. کما ظهر ممّا سبق . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. جمع فَسِیل (الفَسِیله : الصغیره من النخل، والجمع : فسائِل وفَسِیل، والفُسلان : جمع الجمع . الأصمعی فی صِغارالنخل قال : أوّل ما یُقلَع من صغار النخل الغِرس فهو الفَسِیل والوَدیّ . لسان العرب : ۱۰/۲۶۴ ، (ماده فسل)). (الفیروزآبادی).

۴- ۴. علی الأحوط . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. لا یبعد کفایه تحقّق الغرض الصحیح ولو لم تکن إلی تلک المدّه . (السبزواری).

۶- ۶. مع جعل المدّه طویلهً غیر متعارفهٍ إشکال . (الخمینی).

۷- ۷. بعنوان أنّها معامله متعارفه عقلائیّه، لا أنّها مساقاه مصطلحه، ،فلا تَدافُعَ بینکلامه فی بیان الشرط السادس وبین ما أفاده هنا . (المرعشی).

المعامله(۱) بعـد أن يصـير(۲) مثمراً(۳) ، بـل مقتضـی العمومـات(۴) صـحّه(۵) المعامله(۶) علی الفُسـلان(۷) الغير(۸) المغروسه(۹) إلی مدّهٍ تصير مثمرهً وإن لم تكن من المساقاه المصطلحه(۱۰) .

ص: ۵۲۹

۱- ۱. العمومات لا تشمل ذلک، كما عرفت، وبالشرط لا يصير مساقاهً، فلابدّ إذن منمعامله جديدهٍ بعد الغرس، وبذلک يظهر أنّ العمومات لا تشمل ذلک بعنوان معاملهٍمستقلّه علی الفُسلان . (الخوئی).

۲- ۲. فی العباره مسامحه . (اللنكرانی).

۳- ۳. اشتراط دخول الأشـجار فی المعامله بعـد أن تصـير مثمرهً بظاهره مخدوش، ولعلّهأراد غير ما هو الظاهر منه . (محمّد رضـا الگلپايگانی).

۴- ۴. الأحوط هنا أيضاً أن تكون بعقد الصلح ونحوه . (جمال الدين الگلپايگانی).

۵- ۵. محلّ إشكال . (الخمينی، اللنكرانی).

۶- ۶. الأحوط هنا أيضاً أن تكون بعقد الصـلح ونحوه . (النائينی). * فيه إشكال . (الإصفهانی، أحمد الخونساری، الروحانی). * فيه إشـكال، وقد تقدّم منه فی الشـرط السادس ما ظاهره الجزم بعدم الصـحّه، فَبينكلاميه تهافت فی بدو النظر؛ لإمكان أن يقال فی رفعه : إنّ المقصود فی ما تقدّم عدمالصحّه بعنوان المغارسه، وهنا الصحّه بمقتضی العمومات . (الإصطهباناتی). * إذا كانت واجـدهً لشـرائط الصـحّه . (عبـدالله الشـيرازی). * مشـكل، نعم، لاـ بـأس باشتراط غرسـها فی ضـمن عقـدٍ لازم، والالتزام بإيقاع عقدالمساقاه عليها بعد صيرورتها مثمره . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۷- ۷. فيه إشكال . (البروجردی).

۸- ۸. حيث إنّ هذه المعامله كنظائرها خارجه عن المساقاه المتعارفه، فالأولی إيقاعهابعقد الصلح، أو الشرط فی ضمن عقدٍ لازم . (البجنوردی).

۹- ۹. محل إشكال، وإن كانت الصحّه غير بعيده . (عبدالهادی الشيرازی).

۱۰- ۱۰. بل بعنوان المصالحه ونحوها . (الكوه كَمَری).

المساقاه لازمه

(مسأله ۷) : المساقـاه لازمه لا تبطل إلّا بالتقايل، أو الفسـخ بخيار الشـرط، أو تخلّف بعض الشـروط، أو بعروض مانع عامٍّ موجبٍ للبطلان، أو نحو ذلک.

حکم المساقاه إذا مات أحد الطرفين

(مسأله ۸) : لا تبطل بموت أحد الطرفين، فمع موت المالک ينتقل الأمر إلى وارثه(۱) ، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه، لكن لا يجبر على العمل(۲) ، فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، وإلّا فيسـتأجرالحاکم من ترکته(۳) مَن يُباشره إلى بلوغ الثمر، ثمّ يُقسّم بينه وبين المالک.

نعم، لو کانت المساقاه مقيّـدهً(۴) بمباشـره العامل تبطل(۵) بموته، ولو اشترط عليه المباشـره لا ـ بنحو التقييد(۶) فالمالک مخيّر بين الفسخ ـ لتخلّف الشرط ـ وإسقاط حقّ الشرط، والرضا باستئجار مَن يباشر.

الضابط فی تعيين ما عليهما من الأعمال بمقتضی العقد

(مسأله ۹) : ذکروا: أنّ مع إطلاق عقد المساقاه جملهً من الأعمال على العامل، وجمله منها على المالک. وضابط الاُولى ما يتكرّر كلّ سنه، وضابط الثانيه ما لا يتكرّر نوعاً وإن عرض له التكرّر فی بعض الأحوال.

فمن الأوّل: إصـلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه، وما يتوقّف عليه من الآلات، وتنقيه الأنهار، والسقی ومقدّماته: کالدَلو والرُشا وإصلاح طريق الماء

ص: ۵۳۰

۱- ۱. لانتقال الحقّ من المورث إلى وارثه، ولا ريب أنّ لکلٍّ من المتعاقدين فيالمساقاه حقّاً على الآخر . (المرعشی).

۲- ۲. سقوط حقّ الإجبار مشکل . (أحمد الخونساری).

۳- ۳. إن قلنا بأنّ المالک يملک العمل على العامل، لا الانتفاع . (صدرالدين الصدر).

۴- ۴. بنحو وحده المطلوب . (المرعشی).

۵- ۵. قبل ظهور الثمره، وأمّا الموت بعد ظهورها يوجب الانفساخ من حين الموت .(الفيروزآبادی).

۶- ۶. أو التقييد بنحو تعدّد المطلوب . (المرعشی).

واستقائه إذا كان السَقی من بئرٍ أو نحوه، وإزاله الحَشِیش المُضرّه، وتهذیب جرائد النخل والکَرم، والتلقیح، واللقاط، والتشمیس، وإصلاح موضعه، وحفظ الثمره إلی وقت القسمه.

ومن الثانی: حفر الآبار والأنهار، وبناء الحائط والدولاب(۱) والدالیه(۲) ، ونحو ذلک ممّا لا یتکرّر نوعاً.

واختلفوا فی بعض الاُمور أنّه علی المالک أو العامل، مثل: البقر الّذی یُدیر الدُولاب، والکُشّ(۳) للتلقیح، وبناء الثَلم، ووضع الشَوک علی الجدران، وغیر ذلک.

ولا دلیل علی شیءٍ من الضابطین، فالأقوی أنّه إن کان هناک انصراف فی کون شیءٍ علی العامل أو المالک فهو المتّبع، وإلّا فلابدّ من ذکر ما یکون علی

ص: ۵۳۱

---

۱ - ۱. الدولاب والنَاعور والمَنْجَنُون (المنجنون : الدولاب الّتی یُستقی علیها، الصحاح : ۶/۲۲۰۱ ، (ماده منجن). وقیل : المَنجنون : البَکرَه، لسان العرب : ۱۳/۱۹۱ (ماده منجنون).) بمعنی واحدٍ تُدیرها الدابّه للاستقاء .(الفیروزآبادی).

۲- ۲. الدالیه : دَلو أو خشبه تُصنع کهیئه الصلیب تشدّ برأس الدَلو . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. کُشّ ــ بفتح وتشدید ــ گرد شکوفه درخت نر از خرما، بجهه تلقیح، ومراد از زدنآن بخوشه درخت ماده است تا آنکه حمل بردارد، وخرما بدهد، وبدون آن شیسمی شود، که پوست وهسته نازکی است (الکُشّ بضمّ الکاف والتشدید : ما یُلقّح به النخل، وهو غبار من الشمراخ الّذی یُؤخذ من فحلها،فیلقّح به إناثها، فیُثمر النخلُ التمرَ، وبدون ذلک یکون الحاصل حَشَف (شیص) ، راجع لسانالعرب : ۱۲/۱۰۱ (ماده کشش) وأیضاً نفس المصدر (ماده حشف).). (الفیروزآبادی).

كـلٍّ منهما رفعاً للغَرر(۱) ، ومع الإطلاق وعدم الغَرر يكون عليهما معاً(۲) ؛ لأنّ المال مشترك بينهما، فيكون ما يتوقّف عليه تحصيله عليهما.

ما لا يصحّ اشتراطه على المالک وما يصحّ

(مسأله ١٠) : لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم فى البطلان؛ لأنّه خلاف وضع المساقاه. نعم، لو أبقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقى على المالك : فإن كان ممّا يوجب(۳) زياده الثمره فلا إشكال فى صحّته، وإن قيل بالمنع من جواز جعل العمل على المالك ولو بعضاً منه، وإلّا ــ كما فى الحفظ ونحوه ــ ففى صحّته قولان(۴) : أقواهما(۵) الأوّل(۶) .

۱- ۱. قد تقدّم ما هو مرتبط به . (المرعشى).

۲- ۲. الأحوط التصالح فى ذلك . (حسن القمّى).

۳- ۳. يعنى] عمل [(ما بين المعقوفتين لا يوجد فى الأصل، بل أضفناه ليستقيم السياق .) العامل . (آقاضياء).

۴- ۴. خروج حفظ الثمر عن صلاحيّه كونه متعلّقاً لعقد المساقاه مطلقاً ظاهر، نعم، لابأس بإيقاع المعامله بعقد الصلح ونحوه فى الصورتَين، كما تقدّم فى نظائره .(جمال الدين الگلپايگانى). * الأقوى عدم الصحّه . (الفانى).

۵- ۵. ولكنّ المعامله ليست بمساقاهٍ مصطلحه . (الفيروزآبادى). * بل الأقرب الثانى، وكذا فى الفرع التالى . (اللنكرانى).

۶- ۶. خروج حفظ الثمر عن صلاحيّه كونه متعلّقاً لعقد المساقاه مطلقاً ظاهر، نعم، لابأس بإيقاع المعامله بعقد الصلح ونحوه فى الصورتَين، كما تقدّم فى نظائره . (النائينى). * بل الثانى . (الإصفهانى، البروجردى، أحمد الخونسارى، محمّد رضا الگلپايگانى). * فى صحّته بعنوان المساقاه تأمّل . (الكوه كَمَرى). * بل أقواهما الثانى . (صدرالدين الصدر). * بل الثانى؛ لوضوح خروج حفظ الثمر ونحوه عن صلاحيّه كونه مندرجاً فيعنوان المساقاه، ولعلّ نظره إلى العمومات العامّه، وقد تقدّم أنّه مشكل أيضاً، إلّا أنيكون ذلك ونظائره ممّا تقدّم ويأتى بعنوان الصلح . (الإصطهباناتى). * إذا كان بعنوان إجارهٍ أو جعاله، وإلّا فالأقرب عدمها، وكذا فى الفرع التالى . (مهديالشيرازى). * بل الثانى لا يخلو من قوّه فيه، وفيما بعده . (عبدالهادى الشيرازى). * بل أقواهما الثانى، وقد تقدّم أنّه فى كلّ موردٍ لا يكون من المساقاه المتعارفهالمعهوده فالأولى إيقاعها بعقد الصلح أو الشرط فى ضمن عقدٍ لازم . (البجنوردى). * لا يخلو من وجه، وكان الفارق بين هذه الصوره والصوره التاليه الّتى عدمالخلاف فى بطلانه وجود الثمر وعدمه . (عبدالله الشيرازى). * بل الأقرب الثانى، وكذا فى الفرع التالى . (الخمينى). * بل الثانى؛ لخروج مثل الحفظ عن عنوان المساقاه، ولكنّها معامله صحيحه يمكنجعلها من باب الصلح . (المرعشى). * بل أقواهما الثانى، وكذا الحال فى ما بعده . (الخوئى). * مع إقدام المتعارَف عليه، وإلّا فيصحّ صلحاً لا مساقاهً، وكذا فى ما يأتى . (السبزوارى). * بل الثانى، إلّا إذا كان بعنوان الجُعاله . (محمّد الشيرازى). * إن كان بعنوان الجُعاله أو معاملهٍ اُخرى، أمّا إن كان بعنوان المساقاه ففيه إشكال،وكذا فى الصوره التاليه . (حسن القمّى). * بل الثانى لا يخلو من قوّه . (الروحانى).

وكذا الكلام(۱) إذا كان إيقاع عقد المساقاه بعد بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلّا

ص: ۵۳۳

۱- ۱. ليس هذا كما تقدّمه؛ لوجود الفارق من جهه وجود الثمر وعدمه . (الخوئی)(هذه التعليقه أوردناها من نسـخهٍ أُخرى منه قدس سره .).

مثل الحفظ ونحوه، وإن كان الظاهر فى هذه الصوره عدم الخلاف فى بطلانه(۱) ، كما مرّ(۲) .

ترک العامل ما اشترط علیه

(مسأله ۱۱) : إذا خالف العامل فترک ما اشترط علیه من بعض الأعمال(۳) : فإن لم يَفُتْ وقته فللمالک إجباره على العمل، وإن لم يمكن فله الفسخ(۴) ، وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلّف الشرط، وهل له أن لا يفسخ ويطالبه بأُجره العمل بالنسبه إلى حصّته(۵) ، بمعنى أن يكون مخيّراً بين

ص: ۵۳۴

۱- ۱. وهو الأقوى . (الإصفهانى، أحمد الخونسارى، محمّد رضا الگلپايگانى). * وهو الحقّ . (الكوه كَمَرى). * وهو الأظهر، كما مرّ . (الروحانى).

۲- ۲. وهو الأقوى . (الإصطهباناتى).

۳- ۳. المقتضيه لحصول الثمره أو الاستزاده . (المرعشى).

۴- ۴. ويحتمل فى المقام أيضاً التخيير بين الفسخ، أو استئجار أحدٍ يقوم بما فات منماله ولو بإذن الحاكم؛ لإمكان دفع الضرر بذلک أيضاً . (آقا ضياء). * أو استئجار مَن يقوم بعمله من ماله، كلّ ذلک بمراجعه الحاكم الشرعىّ . (مهديالشيرازى). * ويحتمل أن يكون مخيّراً بين الفسخ واستئجار من يقوم بعمله ولو بإذن الحاكم .(عبدالله الشيرازى). * بل مع التمكّن من الإجبار أيضاً . (الخوئى).

۵- ۵. بل تمام الأُجره مع كون تمام حصّه الثمر للعامل إن عيّن مَن يعمل عمله، هذا إنكان العمل دخيلاً فى زياده الثمر، وإلّا يطالبه بتمام الأُجره من دون ثبوت شىءٍوعِوضٍ على حِدَهٍ للعامل . (الفيروزآبادى). * الظاهر عدم اختصاص الأُجره بحصّهٍ من العمل؛ لأنّ المالک يملک تمامالعمل فى عهده العامل بإزاء حصّهٍ من الزرع، والتخلّف إتلاف له يوجبغرامه الجميع . (محمّد رضا الگلپايگانى).

الفسخ وبين المطالبه بالأُجره؟ وجهان، بل قولان، أقواهما(۱) ذلک(۲) .

---

۱ - ۱. الأقوی عدم جواز المطالبه بأُجره العمل المشروط فی ضمن أیّ عقدٍ منالعقود اللازمه عند تخلّف المشروط علیه عن التزامه، وعدم استحقاق المشروط لهسوی فسخ عقده . (جمال الدین الگلپایگانی).

۲ - ۲. الأقوی عدم جواز المطالبه بأُجره العمل المشروط فی ضمن أیّ عقدٍ من العقوداللازمه عند تخلّف المشروط علیه عن التزامه، وعدم استحقاق المشروط لهسوی فسخ عقده . (النائینی). * لا قوّه فیه . (الکوه کَمَری، الروحانی). * فیه تأمّل، بل لیس له إلّا فسخ العقد أو إمضاؤه . (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال . (الإصطهباناتی). * محلّ تأمّل . (البروجردی، عبدالله الشیرازی). * بل الأقوی أنّه لیس له إلّا الفسخ، وهکذا الأمر فی جمیع الشروط الواقعهفی ضمن العقود اللازمه لا یوجب عدم العمل بها وتخلّفها الأخبار تخلّف الشرطلا أُجره مثل العمل بالشرط . نعم، لو کان وقت العمل بها باقیاً یجوز إجبارهعلی العمل بها . (البجنوردی). * محلّ إشکال . (أحمد الخونساری). * بل الأقوی العدم؛ لأنّ الشرط المذکور التزام بالعمل، وهذا لیس تملیکاً للعمل،کما هو واضح . (الفانی). * محلّ إشکال فی المقام، ولا یبعد أن تکون الشروط مختلفه، والتفصیل لا یسعهالمقام . (الخمینی). * بل الأقوی عدم استحقاقه إلّا الفسخ أو الإمضاء بلا أُجره، ویساعده المرتکزالعرفیّ أیضاً، والشرط وإن کان دخیلاً فی ازدیاد الرغبات لکنّه لیس بجزءٍ من أحدالعوضَین، ولا یقسّط علیه الثمن، ولا یملکه المشروط له، بل یملک معناه المصدریّعلی المشروط علیه، ونتیجته الحکم التکلیفیّ . (المرعشی). * بل أقواهما عدمه هنا وفی سائر العقود . (الخوئی). * فیه إشکال، وکذا فی سائر العقود . (حسن القمّی). * محلّ تأمّل، بل منع مطلقاً . (اللنکرانی).

ودعوی أنّ الشرط لا یفید تملیک العمل المشروط لمن له علی وجهٍ یکون من أمواله ــ بل أقصاه التزام مَن علیه الشرط بالعمل وإجباره علیه، والتسلّط علی الخیار بعدم الوفاء به ــ مدفوعه، بالمنع من عدم إفادته التملیک. وکونه قیداً فی المعامله لا جزءاً من العوض یقابل بالمال لا ینافی إفادته لملکیّه مَن له الشرط إذا کان عملاً من الأعمال علی من علیه. والمسأله سیّاله(۱) فی سائر العقود، فلو شرط فی عقد البیع علی المشتری مثلاً ـ خیاطه ثوبٍ فی وقتٍ معیّنٍ وفات الوقت فللبائع الفسخ، أو المطالبه بأُجره الخیاطه، وهکذا.

شرط العامل أن یعمل غلام المالک معه

(مسأله ۱۲) : لو شرط العامل علی المالک أن یعمل غلامه معه صحّ، أمّا لو شرط أن یکون تمام العمل علی غلام المالک فهو کما لو شرط أن

۱- ۱. یمکن فی المقام أن یدّعی بأنّ شرط العمل فی باب المساقاه وأمثالها لیس منباب اشتراط أمرٍ أجنبیٍّ عن مضمون العقد والتزام بأمرٍ خارجیٍّ فی ضمن الالتزامالعقدیّ، کاشتراط الخیاطه فی عقد بیع الدار مثلاً، بل کانت من مقوّمات حقیقهالعقد، وتفصیل لإجماله، وتقیید لإطلاق ما شرع علیه بعقد المساقاه، نظیر أعمالالعامل المضارِب وأعمال الزارِع أیضاً علی وجه . (آقاضیاء). * والأقوی فیها مطلقاً أنّ الشرط یوجب اختلاف الرغبات، بل وبذل المال فی ماتعاقدا علیه، من دون أن یقابل هو بشیءٍ من المال، فلا یقسّط الثمن علی ما وقععلیه العقد وعلی الشرط، کما أنّه لا یکون متعلّق الشرط ــ أی معنی اسم المصدر ــمملوکاً للمشروط له، بل یملک علیه المعنی المصدریّ، فالأقوی الصحّه، ومجرّدالمنع لا یکفی فی الردّ . (صدرالدین الصدر). * بالنحو الّذی ذکرناه، لا ما ذکره قدس سره . (المرعشی).

یکون تمام العمل علی المالک، وقد مرّ عدم الخلاف فی بطلانه؛ لمنافاته لمقتضی وضع المساقاه.

ولو شرط العامل علی المالک أن یعمل غلامه فی البستان الخاصّ بالعامل فلا ینبغی الإشکال فی صحّته، وإن کان ربّما یقال بالبطلان؛ بدعوی أنّ عمل الغلام فی قبال عمل العامل، فکأنّه صار مساقیاً بلا عملٍ منه، ولا یخفی ما فیها. ولو شرطا أن یعمل غلام المالک للعامل تمام عمل المساقاه، بأن یکون عمله له بحیث یکون کأنّه هو العامل ففی صحّته وجهان، لا یبعد(۱) الأوّل(۲) ؛ لأنّ الغلام حینئذٍ کأنّه نائب عنه فی العمل بإذن المالک، وإن

۱- ۱. بل بعید جدّاً . (الإصفهانی). * لا إشکال فی بطلانه، کبطلانه فی الفرع التالی . (الخمینی).
۲- ۲. بل هو فی غایه البعد، إلّا أن یکون العامل عالماً ماهراً والغلام جاهلاً یصنع ویعملبتعلیمه وأمره بحیث یصدق عرفاً أنّه آله . (الفیروزآبادی). * بل بعید جدّاً . (أحمد الخونساری). * فیه بُعد . (الکوه کَمَری). * بل لا إشکال فی بطلانه، کبطلان اشتراط نیابه المالک عنه فی تمام العمل .(البروجردی). * إذا کان الشرط هو عمل المالک أو الغلام بأُجرهٍ أو جُعلٍ من العامل . (مهدیالشیرازی). * الظاهر أنّه لا إشکال فی بطلانه، کما أنّه لا إشکال فی بطلانها فی صوره اشتراطتمام العمل علی المالک بعنوان النیابه عن العامل . (البجنوردی). * بل لا یبعد الثانی، کنیابه المالک عنه . (عبدالله الشیرازی). * بل هو بعید جدّاً؛ لاقتضائه کون المعوّض والعوض من شخصٍ واحد، وهذا منافٍلمقتضی طبع المعامله . (الفانی). * بعید جدّاً کلازمه، وهو اشتراط تمام العمل علی المالک بعنوان النیابه عن العامل .(الشریعتمداری). * بل هو بعید جدّاً . (الخوئی). * بل بعید، والأقوی الثانی، ولازمه بطلان الشرط علی المالک . (محمّد رضاالگلپایگانی). * مشکل جدّاً . (حسن القمّی). * بل هو بعید . (الروحانی، محمّد الشیرازی). * بل هو بعید جدّاً، کما فی لازمه، وهو اشتراط تمام العمل علی المالک بعنوانالنیابه عن العامل . (اللنکرانی).

كان لا يخلو من إشكال(۱) مع ذلك، ولازم القول(۲) بالصحّه: الصحّه(۳) فی صوره(۴) اشتراط تمام العمل علی المالک بعنوان النيابه عن العامل.

۱- ۱. بل فساده ظاهر، خصوصاً مع ما تفطّن له من استلزام صحّته لما ذکره من اللازمالقطعیّ فساده . (النائینی (وردت فی حاشیه اُخری منه ؛ إضافه، وهی : (وهو واضح البطلان).) ، جمال الدین الگلپایگانی). * والأقرب البطلان . (صدرالدین الصدر). * بل لا إشکال فی بطلانه، کوضوح بطلان تالیه، وهو اشتراط تمام العمل علیالمالک نیابةً عن العامل . (الإصطهباناتی). * لا ـ إشکال فی الصحّه؛ حیث لم یشترط مباشره العامل، فللمالک حقّ العمل علیالعامل مباشرةً أو تسبیباً، والغلام فی عمله کالأجیر للعامل . (المرعشی).

۲- ۲. لا إشکال فیه بعد التقریب الّذی ذکرناه فی الغلام . (المرعشی).

۳- ۳. وهو واضح البطلان . (الإصفهانی).

۴- ۴. لا ـ أظنّ إشکال أحدٍ فی صحّه إجاره العامل المالک للفلاحه؛ فإنّه حینئذٍ یحتسب عمل المالک عمل العامل، فإذا کان ذلک صحیحاً فلا بأس بعمل المالک له تبرّعاً، أومع شرطه کذلک . (آقاضیاء).

عدم اعتبار مباشره العامل للعمل

(مسأله ١٣) : لا ـ يشترط(١) أن يكون العامل فی المساقاه مباشراً للعمل بنفسه، فيجوز له أن يستأجر فی بعض أعمالها أو فی تمامها، ويكون عليه الاُجره، ويجوز أن يشترط كون اُجره بعض الأعمال على المالك، والقول بالمنع(٢) لا وجه له(٣) . وكذا يجوز أن يشترط كون الاُجره عليهما معاً فی ذمّتهما، أو الأداء من الثمر(۴) ، وأمّا لو شرط على المالك أن يكون اُجره تمام الأعمال عليه أو فی الثمر ففی صحّته وجهان :

أحدهما : الجواز؛ لأنّ التصدّی لاستعمال الاُجَراء نوع من العمل(۵) ، وقد تدعو الحاجه إلی مَن يباشر ذلک لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم وعدمها، والمالک ليس له معرفه بذلک.

ص: ۵۳۹

١- ١. من حيث هی هی . (المرعشی). * أی عند الإطلاق وعدم الانصراف . (اللنكرانی).

٢- ٢. وهو الأظهر . (الروحانی).

٣- ٣. بل هذا هو الأقوی . (الخوئی).

۴- ۴. إن اُريد بذلک اشتراط أداء الاُجره الثابته فی الذمّه من الثمر فهو وإن كان صحيحاًإلّا أنّه خلاف ظاهر المقابله فی العباره، وإن اُريد بذلک جعل الاُجره فی الثمر _ كماهو ظاهر العباره _ فهو غير صحيح؛ لأنّ الثمر معدوم حين العقد فلا ـ يصحّ جعلهاُجره، ومن ذلک يظهر حال ما بعده . (الخوئی).

۵- ۵. نعم، لكنّه ليس عملًا سقيياً (كذا فی الأصل، وفی اللفظه صعوبه، والأصحّ (سِقائياً) أو (مساقاتياً).) ، بل هو إجاره فی الحقيقه على استعمال الاُجَراء،والجهل بالاُجره فی الإجاره مانع عن صحّتها، فالأقوی هو الثانی . (الفانی).

والثانی(۱) : المنع(۲) ؛ لأنّه(۳) خلاف وضع المساقاه(۴) .

والأقوی(۵) الأوّل(۶) . هذا، ولو شرطا کون الاُجره حصّهً

ص: ۵۴۰

۱- ۱. هذا هو الصحیح . (جمال الدین الگلپایگانی). * وهو الأقوی . (الخمینی).

۲- ۲. هذا هو الأقوی، بل الصحیح . (الإصطهباناتی). * وهو الأقوی . (عبدالهادی الشیرازی). * ذلک فی صوره کون الاُجره علی المالک، وعلی المستأجِر العمل له . (المرعشی).

۳- ۳. هذا هو الصحیح . (النائینی).

۴- ۴. فلا تصحّ بعنوان المساقاه، ویمکن تصحیحها بعنوان الصلح، وأنّه عقد عقلائیّ غیرخارج عن المتعارف، فتشملها العمومات . (المرعشی).

۵- ۵. بل الثانی من حیث المساقاه وإن قلنا بالصحّه بعنوانٍ آخر . (الفیروزآبادی).

۶- ۶. مع الجزم بعدم منافاته لوضع حقیقه المساقاه، وإلّا فیشکل أمره؛ لعدم وفاءالعمومات لإثبات مشروعیّتها، کما هو الشأن فی کلّ خصوصیّهٍ یحتمل دخله فیقوام المعامله عرفاً . (آقاضیاء). * بل الثانی . (الإصفهانی، صدرالدین الصدر، البروجردی، أحمد الخونساری). * بل الثانی إذا کانت المعامله بعنوان المساقاه . (الکوه کَمَری). * بل الأظهر الثانی، إلّا أن یکون بعنوان إجارهٍ أو جعاله . (مهدی الشیرازی). * بل الأقوی هو الثانی؛ لما ذکره قدس سره فی المتن من أنّه خلاف وضع المساقاه . (البجنوردی). * فی غایه الإشکال، والثانی لاـ یخلو من القوّه . (عبدالله الشیرازی). * وإن لم یکن من المساقاه المعموله . (الشریعتمداری). * بل الثانی، لکنّ عدم صحّته بعنوان المساقاه لا یقتضی البطلان رأساً، کما أشرناإلیه بُعَیدَ هذا . (المرعشی). * بل الأقوی هو الثانی . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بدعوی تعمیم المساقاه إلی ما لَه دخل فی الجمله فی عملیّه السقی مباشرهً أوتسبیباً، ولو بهذا النحو من التسبیب، ویسمّی أمین الرَیّ والسَقی، ولا یبعد جریانالسیره علیه فی الجمله من الأشجار الکثیره . (السبزواری). * مشکل . (محمّد الشیرازی). * مشکل فی غایه الإشکال . (حسن القمّی). * بل الثانی، إلّا إذا لم یکن الغرض متعلّقاً بالمساقاه المصطلحه ففیه إشکال .(اللنکرانی).

مشاعهً(۱) من الثمر بطل؛ للجهل بمقدار مال الإجاره، فهی باطله.

اشتراط انفراد أحدهما بالثمر

(مسأله ۱۴) : إذا شرطا انفراد أحدهما بالثمر بطل العقد(۲) ، وکان جمیعه للمالک؛ وحینئذٍ: فإن شرطا انفراد العامل به استحقّ(۳) اُجره المثل(۴) لعمله(۵) ، وإن شرطا انفراد المالک به لم یستحقّ العامل

۱- ۱. من ثُلُثٍ أو رُبُعٍ، وإن کان بنحو الحُقّه أو الحُقّتین أو الصِّاع والصاعَین، وإن لم یلزمغَرَر من جهه المقدار، ولکن فیه غَرر وجودیّ لولا ظهور حالٍ کاشفٍ عن الوجودعلی وجهٍ یتّکل العقلاء علیه فی رفع الغَرر . (آقاضیاء).

۲- ۲. بعنوان المساقاه . (المرعشی).

۳- ۳. مع کون الثمره بحسب المتعارف بمقدار اُجره المثل أو أکثر، ومع الأقلّیه لایستحقّ الزیاده . (الخمینی). * مجرّد العمل مبتنیاً علی العقد الفاسد لا یوجب استحقاق الاُجره، بلاالمناط استناد العمل بأمر المالک، أو باستدعائه، أو بوعده إعطاء شیء بإزاءالعمل . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. لمکان الاستیفاء فی صوره تساوی الاُجره مع الثمره، أو کثرتها بالنسبه إلیها .(المرعشی). * أو مقدار الحصّه إذا کانت أقلّ من اُجره المثل . (اللنکرانی).

۵- ۵. إذا کان العمل مسبّباً عن أمر المالک، لا عن توهّمه صحّهالمساقاه . (أحمد الخونساری). * تقدّم نفی البعد عن شرکتهما بالنسبه العادله، وإن کان الاحتیاط فی مثله ممّا لاینبغی ترکه، وکذا فی انفراد المالک . (محمّد الشیرازی). * إن لم تکن أکثر من الحاصل، وإلّا ففیه إشکال . (حسن القمّی).

شیئاً(۱) ؛ لأنّه حینئذٍ متبرّع(۲) بعمله(۳) .

عدم اعتبار العلم بمقدار کلّ نوعٍ من أنواع الشجر

(مسأله ۱۵) : إذا اشـتمل البسـتان علی أنواعٍ: کالنَخل والکَرم والرُمّان ونحوها من أنواع الفواکه فالظاهر عـدم اعتبار العلم بمقدار کـلّ واحـد، فیجوز المساقـاه علیهـا بـالنصفً أو الثلث أو نحوهمـا وإن لم یعلم عـدد کلّ نوع، إلّا إذا کان(۴) الجهـل بها موجباً للغَرر(۵) .

ص: ۵۴۲

۱- ۱. إذا لم یجعل لعمله مقابلاً فی المعامله من غیر الثمره . (الکوه کَمَری).

۲- ۲. المسأله حینئذٍ من صـغریات « ما لا یُضـمَن بصحیحِهِ لا یُضمَن بفاسِدِه »(المغنی لابن قدامه : ۶/۱۴۶ ، إیضاح الفوائد لابن العلّامه : ۴/۳۴۷ ، جامع المقاصـد للکرکی :۴/۶۱.) ،کالإجـاره بلاـ اُجره، فـإن قلنا بتمامیّه القاعـده فهو فی غایه المتانه، وإلّا ففی الحکمبعـدم الضـمان حتّی مع العلم بالفسـاد إذا کان العمل بـداعی الوفاء بعقـده نظر، وتتمّهالکلام فی محلّه . (آقاضـیاء). * قد عرفت الإشکال فی هذا التعلیل مراراً . (المرعشی).

۳- ۳. مع قصـده المجّ انیّه والتبرّع حقیقهً، ولاـ یجزی مجرّد انطباق التبرّع علی عمله مععـدم قصـده له، فکیف بعـدم رضائه به . (السبزواری).

۴- ۴. بشرط کونه زائداً عمّا هو المتعارف الّذی علیه وضع أمثال هذه المعاملات .(آقاضیاء).

۵- ۵. غیر المعفوّ عنه فیها . (عبدالله الشـیرازی). * فیه إشـکال قد تقدّم ذکره . (المرعشی). * لا وجه لهذا الاستثناء؛ حیث إنّ هذه المعامله مبنیّه علی عدم العلم بعدد الأشـجاروالفواکه وإن استلزم الغَرر، وبذلک یظهر الحال فی المسائل الآتیه . (الخوئی). * الغیر المغتَفَر عرفاً . (السبزواری). * الزائد عمّا یقتضیه طبع المساقاه، وبه یظهر الحال فی المسأله اللاحقه . (الروحانی).

جواز إفراد كلّ نوعٍ بحصّه

(مسأله ١۶) : يجوز أن يفرد كـلّ نوعٍ بحصّهٍ مخـالفهٍ للحصّه من النوع الآخر، كأن يجعل النخل بالنصف، والكرم بالثلث، والرُمّان بـالربع مثلاًـ وهكـذا واشترط بعضـهم فی هـذه الصوره العلم بمقـدار كـلّ نوع، ولكنّ الفرق بين هـذه وصوره اتّحـاد الحصّه فی الجميع غير واضح(١) ، والأقوى الصحّه(٢) مع عدم الغَرر فی الموضعين، والبطلان معه فيهما.

ملاحظه اختلاف كيفيّه السقی فی تقدير الحصّه

(مسأله ١٧) : لو ساقاه بالنصف مثلًا إن سـقی بالناضـح، وبالثلث إن سـقی بالسـيح، ففی صـحّته قولان: أقواهما(٣) الصحّه(۴) ؛ لعدم إضرار مثل هذه

١- ١. بل واضح؛ إذ لا يعلم فی الثانيه نسـبه الحصّه إلى جميع الثمره، فيحتملزياده النسـبه ونقيصـتها لزياده النصف وقلّته، بخلاف الصوره الاُولى فإنّـالحصّه فيها معلومه المقـدار فی مقام النسـبه إلى جميع الثمره، فكم من فرقٍبين الأمرين ! (المرعشـی). * لعلّ مستندها ضـعف حال العمّال وقصورهم عن تحصـيل الـدرهم والـدينار إلّا ببيعما عندهم، خصوصاً فی الأزمنه القديمه الّتی قلّت فيها النقود جـدّاً . (السبزواری). * لكنّه أرسـله بعضـهم إرسال المُسـلَّمات، وادّعی آخر عليه الإجماع، ومثل ذلككافٍ مسـتنداً للكراهه ظاهراً . (محمّد الشيرازی).

٢- ٢. قد عرفت ما هو المختار . (المرعشی).

٣- ٣. فيه إشكال . (المرعشی).

۴- ۴. بـل الأقوى هو الفساد حـذو ما تقـدّم فی الإجاره المردّده . (النائينی، جمال الـدينالگلپايگانی). * لا يخلو من إشـكال . (الإصـفهانی). * لاـ قـوّه فيـه . (الكـوه كَمَری). * إذا لم نقـل إنّ الجهـاله تـوجب الفسـاد، وإن لم يسـتلزم الغَرر عرفـاً، كمـا هو ظاهرالأصـحاب . (صدرالدين الصدر). * محلّ إشكال، وإن كان الأقوى فی الإجاره المزبوره البطلان، كما مرّ .(الإصطهباناتی). * محلّ إشـكال، وبينهما وبين الإجاره فرق . (البروجردی). * فی الصحّه إشكال، بل لا يبعد البطلان . (عبدالهادی الشيرازی). * الظـاهر هو البطلاـن، وكـذلك الأـمر فی الإجاره المردّده بين أن يَخِيطَ روميّاً أوفارسـيّاً . (البجنوردی). * محلّ إشـكال . (أحمد الخونساری). * لا يخلو من الإشكال، كالإجاره . (عبدالله الشيرازی). * محلّ تأمّل وإشكال . (الشريعتمداری). * محلّ إشـكال، وقـد مرّ الحكم بالبطلاـن فی الإجـاره بالنحو المـذكور . (الخمينی). * بل الأقوى البطلان، كما فی الإجاره المردّده . (الخوئی). * لا يخلو من إشكال . (حسن القمّی). * بل الأقوى عدم الصحّه . (الروحانی).

الجهاله(۱) ؛ لعدم إيجابهما الغَرر، مع أنّ بناءها على تحمّله خصوصاً على القول(۲) بصحّه مثله(۳) فی الإجاره(۴) ، كما إذا قال: إن خطت روميّاً

ص: ۵۴۴

۱- ۱. الأقوى البطلان؛ لأنّ المساقاه التخييريّه كالإجاره التخييريّه من حيث البطلان؛لأنّه لا معنی للإنشاء مردّداً . (الفانی).

۲- ۲. كما عرفت استظهاره منّا فی حواشی كتاب الإجاره . (اللنكرانی).

۳- ۳. لكنّ الأقوى الفساد، كما مرّ فی الإجاره . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۴- ۴. قد تقدّم الإشكال فيها، ولكن لا تلازم بين البابَين . (آقاضياء).

فبدرهمین، وإن خطت فارسیّاً فبدرهم.

اشتراط شیء غیر الحصّه

(مسأله ۱۸) : یجوز أن یشترط أحدهما علی الآخر شیئاً من ذهبٍ أو فضّهٍ أو غیرهما مضافاً إلی الحصّه من الفائده، والمشهور کراهه اشتراط المالک علی العامل شیئاً من ذهبٍ أو فضّه، ومستندهم(۱) فی الکراهه غیر واضح(۲) ، کما أنّه لم یتّضح(۳) اختصاص الکراهه بهذه الصوره أو جریانها بالعکس أیضاً، وکذا اختصاصها بالذهب والفضّه أو جریانها فی مطلق الضمیمه، والأمر سهل(۴) .

لو تلف بعض الثمره فی صوره اشتراط شیء

(مسأله ۱۹) : فی صوره اشتراط شیءٍ من الذهب والفضّه أو غیرهما علی أحدهما، إذا تلف بعض الثمره، هل ینقص منهما شیء، أوْ لا؟ وجهان، أقواهما العدم(۵) ، فلیس قرارهما مشروطاً بالسلامه. نعم، لو تلفت الثمره بجمیعها أو لم تخرج أصلاً ففی سقوط الضمیمه(۶)

۱- ۱. هو الإجماع المنقول . (المرعشی).

۲- ۲. لعلّ مستندها ضعف حال العمّال وقصورهم عن تحصیل الدرهم والدینار إلّا ببیعما عندهم، خصوصاً فی الأزمنه القدیمه الّتی قَلّت فیها النقود جدّاً . (السبزواری).

۳- ۳. الاختصاص فی هذه الصوره وفی ما یلیها من باب الأخذ بالمتیقّن من معقدالدلیل اللبّی . (المرعشی).

۴- ۴. إذ لا بأس بترکها رجاءً . (آقاضیاء).

۵- ۵. الظاهر المتبادر عرفاً فی مثل هذه الشروط أنّها تدور مدار الفائده، ومع عدمالعائد أصلاً لا یثبت شیء أصلاً . (کاشف الغطاء). * بل المعیار القصد، وهو مختلف . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. لا یُترک الاحتیاط فیها بالتراضی، وإن کان لا یبعد القول الثانی ثمّ الرابع . (مهدیالشیرازی). * السقوط هو الأقوی، نعم، إذا اشترطت الضمیمه للعامل علی المالک أمکن القولبعدم سقوطها؛ بلحاظ أنّ الغرض من الشرط المذکور عدم ذهاب عمل العامل هدراً،ولکنّه ضعیف : أمّا أوّلاً فلأنّ العامل إنّما یأتی بالعمل برجاء الحصّه، ولیس فی مقابلهشیء، وأمّا ثانیاً فلأنّ اشتراط السلامه شرط ضمنیّ ارتکازیّ . (الفانی).

وعدمه أقوال(١) :

ثالثها: الفرق بين ما إذا(٢) كانت للمالك(٣) على العامل فتسقط(۴) ، وبين العكس فلا تسقط.

رابعها(۵) : الفرق(۶) . . . .

١- ١. خَيرُها أخيرُها . (الفيروزآبادی).

٢- ٢. هذا هو الأقوی . (البروجردی).

٣- ٣. هـذا القول هو الصـحيح؛ لأـنّ التزام العامل للمالک مشـروط بالشـرط الضـمنيّبخروج الثمره وسـلامتها عن التلف، بخلاف التزام المالک للعامل فإنّ اشتراطه بهذاالشرط غير معلوم . (البجنوردی).

۴- ۴. ولهذا التفصيل وجه مخرج . (المرعشی).

۵- ۵. بـل هنـا وجه خـامس، وهو : أنّ المساقاه فی فرض عـدم ظهور الثمر أصـلاً باطله؛لأنّه لم تكن معاوضه فی هـذا الفرض إلّا صورتهـا؛ ولـذا لـو علـم مـن الخـارج بعـد عقـدالمساقاه أنّ الثمره لاـ تخرج أصـلاً لـم تكـن شـبهه فی بطلاـنه؛ وعليـه فلاـ أثر للشـرطالمزبور؛ لأـنّه شـرط فی ضـمن عقـدٍ باطل، وأمّا فی صوره التلف كلّاً أو بعضاً فنفوذالشـرط وعـدم نفوذه تابع لكيفيّه جعله إطلاقاً أو تقييـداً، فـإذا لـم يكـن دليـل على التقييـدولو مـن جهه الانصـراف وجب العمـل بالشـرط، من دون فرقٍ بين أن يكـون الشـرطعلى العامـل أو على المالـک . (الخـوئی). * هـذا لاـ يخلـو من قوّه، والأـحوط التخلّص بالتصالـح . (الخمينی). * ولعلّه الأقرب . (اللنكرانی).

۶- ۶. هذا القول لا يخلو من قوّه . (عبدالله الشيرازی). * هذا هو الأقوی . (أحمد الخونساری).

بين(۱) صوره عدم الخروج أصلًا فتسقط، وصوره التلف فلا. والأقوى(۲) عدم(۳) السقوط(۴) مطلقاً(۵) ؛ لكـونه . .

. .

ص: ۵۴۷

۱- ۱. هذا القول لا يخلو من قوّه . (الإصفهانی).

۲- ۲. لو التزم العامل بشیءٍ للمالک فلا يبعد أن يكون خروج الثمره وسلامتها عن التلفشرطاً ضمنيّاً لالتزامه، ومقتضاه السقوط لو انتفى أحد الأمرين، ولو كان الالتزام منالمالک ففی السقوط وعدمه إشكال . (جمال الدين الگلپايگانی).

۳- ۳. لو التزم العامل بشیءٍ للمالک فلا يبعد أن يكون خروج الثمره وسلامتها عن التلفشرطاً ضمنيّاً لالتزامه، ومقتضاه السقوط لو انتفى أحد الأمرين، ولو كان الالتزام منالمالک ففی السقوط وعدمه إشكال . (النائينی).

۴- ۴. فيه تأمّل وإشكال . (الكوه كَمَرى). * عدم السقوط فيما إذا التزم المالک للعامل محلّ تأمّل وإشكال، وأمّا العكس وهو_ التزام العامل للمالک _ فلا يبعد كون خروج الثمره وسلامتها شرطاً ضمنيّاً لالتزامه،ولازمه السقوط مع عدم أحدهما . (الإصطهباناتی). * بل الأقوى السقوط مطلقاً فی فرض عدم الخروج أصلاً؛ لبطلان المعامله،وكون الفائده (فی الأصل « الفاقده » وما أثبتناه هو الصحيح .) ركناً فی المساقاه، وفيما إذا كان الشرط للمالک على العاملفی صوره التلف لظهور اشتراط السلامه من التلف للمالک شيئاً من الذهبوالفضّه، ولكن فی النفس شیء بالنسبه إلى الشقّ الثانی، فلا يُترک الاحتياطبالتراضی والتصالح . (المرعشی). * بل الأقوى السقوط مطلقاً فی صوره عدم الخروج أصلًا؛ لبطلان المعامله، وفيماإذا كان الشرط للمالک على العامل فی صوره التلف لظهور اشتراط السلامه منالتلف فی التزامه للمالک شيئاً من الذهب أو الفضّه . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۵- ۵. يمكن القول بالسقوط مطلقاً، إلّا مع وجود القرينه المعتبره على التعميم؛ لأنّ بناء العرف والعقلاء فی مثل هذه الشروط هو الالتزام بها مع البناء على السلامه،ولو شکّ فی كيفيّه بنائهم يشكل التمسّک بالعمومات؛ لأنّه من التمسّک بالعامفی الشبهه المصداقيّه . (السبزواری). * فی صوره عدم الخروج مشكل، والأحوط التصالح . (حسن القمّی).

شرطاً(۱) فی عقدٍ لازمٍ فیجب الوفاء به.

ودعوی أنّ عـدم الخروج أو التلف کاشف عن عـدم صـحّه المعامله من الأوّل؛ لعـدم ما یکون مقابلاً للعمل، أمّا فی صوره کون الضـمیمه للمالـک فواضـح، وأمّـا مع کونها للعامل فلأنّ الفائـده رکن فی المساقاه، فمع عـدمها لا یکون شـیء فی مقابل العمل، والضـمیمه المشـروطه لا تکفی فی العوضـیّه فتکون المعامله باطلهً من الأوّل، ومعه لا یبقی وجوب الوفاء بالشرط مدفوعه، مضافاً إلی عدم تمامیّته(۲) بالنسبه إلی صوره التلف؛ لحصول العِوَض بظهور الثمره وملکیّتها وإن تلف بعد ذلک، بأنّا نمنع(۳)

ص: ۵۴۸

۱- ۱. إلّا إذا کان الشرط علی نحو محدود بخروج الثمره وعدم تلفها . (محمّدالشیرازی).

۲- ۲. بل الدعوی حقّ إن کان التلف قبل حصول عنوانٍ مالیّ . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. هـذا المنع فی غـایه المنع، بـل منافٍ لِما تقـدّم منه فی صـدر الکتاب من أنّهامعامله علی اُصول ثابته بحصّهٍ من ثمرها، أی معامله علی سـقی اُصولٍ ثابتهٍبمجرّده، أو بضمّ عملٍ آخر بإزاء حصّهٍ من ثمرها، کما هو کذلک عند العرف والشرعأیضاً، وأمّا ما ذکره من التسـلیط المزبور فهو من آثـار حقیقه المساقاه، لا حقیقتها،کما مرّ نظیره فی الإجاره . (الإصـطهباناتی). * الظاهر کون حقیقتها عرفاً وشـرعاً هی العمل بإزاء الحصّه المجعوله، کما یشعربذلک بل یدلّ علیه قوله علیه السلام فی صحیحه ابن شعیب ... ویقول : اسقِ هذا من الماءواعمره ولک نصف ما أخرجه الله عزّوجلّ منه، قال : « لا بأس »(هذا ما جاء فی من لا یحضره الفقیه : ۳/۲۴۴ ، ب ۳۸۶ ، المزارعه والمساقاه، ح ۱. ومـا روی فیالوسائل ـ عن الکافی : ۵/۲۶۸ ، ح ۲ والتهذیب : ۷/۱۹۸ ، ح ۸۷۶ ـ هکـذا : اسقِ هـذا ... ولـک نصـفما اُخرِجَ، قـال : « لاـ بـأس » ، أی بـدون عبـاره (الله عزّوجـلّ منه).) وکـأنّ اعتبارهـا غیراعتبـار المضاربه بل المزارعه . (الخمینی). * منعه ممنوع، وینافی ما ذکره قدس سره فی أوّل کتاب المساقاه فی تحدیدها . (المرعشی).

١- ١. هـذا المنع لعلّه مكابره، وحقيقتها عند العرف والشـرع ليس إلّا العمل بإزاءحصّه من الحاصل، وعدم اسـتحقاق العامل أُجره عمله إذا لم يخرج لو قلنا به؛ منجهه أنّه بعد بطلانها لا موجب لاستحقاقه إلّا قاعده الاحترام الغير الجاريه فيالمقام من جهه الإقدام . (الإصفهانی).

٢- ٢. بـل علی فرض تسليمه أيضـاً لاـ ينـافی ذلـک صـحّه المعامله؛ إذ فی مقابل العمل فيأمثال هـذه المعاملات الثمره أو الربح المحتمل، لا بوجودهما واقعاً، فكأنّ هذهالمعاملات من تلك الجهه نظير الصلح عن الحقوق المحتمله بشیءٍ فإنّه لا يراعيوجودها واقعاً فی ملكيّه العوض، كما هو ظاهر . (آقاضـياء). * هذا المنع لعلّه مكابره، وحقيقتها عند العرف والشـرع ليس إلّا العمل بإزاء حصّ ٍهمن الحاصـل، وعـدم اسـتحقاق العامل أُجره عمله إذا لم يخرج لو قلنا به؛ من جههأنّه بعـد بطلانها لا موجب لاسـتحقاقه إلّا قاعده الاحترام غير الجاريه فی المقاممن جهه الإقدام . (عبدالله الشيرازی). * حقيقه المساقاه معاهده علی العمل سقياً ونحوه من العامـل علی أُصول ثـابتهمن المالـک مع التشـريک فی ثمرهـا بـالحصّه، والتسـليط المـالكیّ علی الأـرض إنّماهو من لوازم هـذه المعـامله، وليس مقوّمـاً لحقيقتهـا، مضافاً إلی أنّ اشتراط السـلامهفی شـرط الضـميمه أمر بنائیّ معاملیّ . (الفانی). * فيه نظر . (حسن القمّی).

معاوضةً(۱) بين حصّةٍ من الفائده(۲) والعمل، بل حقيقتها(۳) تسليط

ص: ۵۵۰

۱- ۱. نعم المساقاه ليست من سنخ المعاوضات، فلا يشترط فيها شرائط المعاوضهولكنّ وجوب أداء الضميمه فى صوره عدم خروج الثمره أو تلفها تابع لكيفيّهالاشتراط إطلاقاً وتقييداً، فيثبت لو كان له إطلاق، ويسقط لو لم يكن،ولا يبعد ادّعاء انصراف الإطلاق إلى صوره سلامه الثمره، خصوصاً إذا كانالشرط على العامل للمالك؛ فعليه فالأقوى سقوط الضميمه، إلّا مع تصريحالمتعاملين بالثبوت . (الشريعتمدارى).

۲- ۲. الظاهر أنّ كون الفائده ركناً فى المساقاه غير قابلٍ للإنكار، وقد تقدّم منه قدس سره أنّها معامله على اُصول ثابته بحصّهٍ من الثمر، وأمّا على ما اخترناه فالثمر أيضاًركن؛ لأنّ اعتبار إضافهٍ خاصّهٍ توجب تملّك الثمر لا يعقل بدونه، كما فيإجاره العين الّتى لا منفعه لها، كما أنّ التسلّط للاستنماء لا معنى له فى ما لا نماء له،كإعاره شىء لا نفع فيه، وتخيّل النماء والنفع ليس إلّا كتخيّل المنفعه فى الإجارهلا يوثّر فى ما لا واقع له . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- ۳. قد عرفت فى ما سبق أنّ التسليط من لوازمها، إلّا أنّه حقيقتها . (المرعشى). * الظاهر أنّ حقيقتها ما يدلّ عليه تعريفها فى السابق، وهى المعامله على اُصولٍثابتهٍ بحصّهٍ من ثمرها، وهو الّذى يدلّ عليه قوله عليه السلام فى صحيحه ابن شعيب : اسقِهذا من الماء واعمره ولك نصف ما اُخرِج (هذا الكلام ليس قول الإمام عليه السلام ، بل كلام الراوى أو السائل، وأمّا جواب الإمام عليه السلام فهو قوله : « لابأس » ، كما رواه صاحب الوسائل عن الكافى والتهذيب ومن لا يحضره الفقيه باختلافٍ يسيرفيها، ونصّه _ فى الوسائل : ۱۹/۴۴ ، ب ۹ من كتاب المزارعه والمساقاه، ح ۲ _ هكذا : محمّد بنيعقوب، عن محمّد بن يحيى، عن محمّد بن الحسين، عن صفوان، عن يعقوب بن شعيب، عن أبيعبدالله ۷ فى حديثٍ قال : سألته عن رجل يُعطى الرجل أرضَه وفيها ماء أو نخل أو فاكهه،ويقول : اسقِ هذا من الماء واعمُرهُ ولك نصف ما اُخرِجَ؟ قال : « لا بأس ».) ، فإنّ ظهوره فى مقابله الحصّه والعمل لا ريب فيه؛ وعليه فوجود الثمره ركن فى تحقّق المساقاه، ومنه يظهر تغايراعتبارها مع المضاربه الّتى هى التسليط على المال للاسترباح، مع أنّه على تقديركون حقيقتها هى التسليط على الاُصول للاستنماء له وللمالك، فمجرّد الاحتمالوإن كان يكفى فى تعلّق القصد بهذه الحقيقه إلّا أنّه مع انكشاف عدم النماء رأساً لامجال لاتّصافها بالصحّه؛ لأنّه لا يعقل الاستنماء حقيقةً فى ما لا نماء فيه واقعاً،وهذا هو الوجه فى البطلان فيما لو تبيّن عدم قابليّه الاُصول للثمر؛ لليَبس أو الكِبَرأو نحوهما . (اللنكرانى).

من(۱) المالک(۲) للعامل(۳) على الاُصول للاستنماء له وللمالک، ويكفيه احتمال(۴) الثمر وكونها في معرض ذلک؛ ولذا لا يستحقّ(۵) العامل(۶) اُجره

۱- ۱. بل حقيقتها بحسب الاعتبار هي المشاركه في استخراج فوائد الأشجار عليما ينبغي، بضمّ العمل من أحدهما إلى الأشجار من الآخر، على أن تكونالفائده بينهما، نظير المضاربه والمزارعه، نعم، يستتبع العقد على هذه المشاركهالسلطنه المذكوره . (البروجردي).

۲- ۲. لا ريب في كون التسليط الكذائيّ من آثار المعامله الخاصّه، وأمّا أنّ حقيقتها ذلکفهو أوّل الدعوى . (السبزواري). * بل حقيقتها بحسب الارتكاز العرفيّ هي المشاركه في استخراج الأثمار، بضمّالعمل من أحدهما إلى الاُصول من الآخر، على أن تكون الفائده بينهما، نظيرالمضاربه والمزارعه، ويستتبع العقد عليها السلطنه المشار إليها . (الروحاني).

۳- ۳. بل حقيقتها تمليک حصّهٍ مشاعهٍ من الحاصل للعامل بإزاء عمله عند العرفوالشرع . (البجنوردي).

۴- ۴. أي وإن لم يخرج، ولا يخفى أنّ هذا ينافي ما سيجيء منه من أنّه إذا تبيّن فيأثناء المدّه عدم خروج الثمر أصلاً لا يجب على العامل إتمام السقي . (الفيروزآبادي).

۵- ۵. بل لعدم المعوّض . (الفيروزآبادي).

۶- ۶. بل الظاهر الاستحقاق إذا كان بأمره أو استدعائه ولو بعنوان الوفاء بعقده، كما مرّنظيره، واحترام العمل لا يقتضي الضمان في غير الصورتَين . (محمّد رضا الگلپايگاني).

عمله(۱) إذا لم یخرج، أو خرج وتلف بآفهٍ سماویّهٍ أو أرضیّهٍ فی غیر صوره ضمّ الضمیمه، بدعوی الکشف عن بطلانها من الأوّل، واحترام(۲) عمل المسلم، فهی نظیر المضاربه؛ حیث إنّها أیضاً تسلیط علی الدرهم أو الدینار للاسترباح له وللعامل. وکونها جائزهً دون المساقاه لا یکفی فی الفرق. کما أنّ ما ذکره فی الجواهر(جواهر الکلام: ۲۷/۷۵.) من الفرق بینهما: بأنّ فی المساقاه یقصد المعاوضه، بخلاف المضاربه الّتی یراد منها الحصّه من الربح، الّذی قد یحصل، وقد لا یحصل، وأمّا المساقاه فیعتبر فیها الطمأنینه بحصول الثمره، ولا یکفی الاحتمال مجرّد دعوی(۳) لا بیّنه لها.

ودعوی أنّ من المعلوم أنّه لو علم من أوّل الأمر عدم خروج الثمر لا تصحّ المساقاه ــ ولازمه البطلان إذا لم یعلم ذلک ثمّ انکشف بعد ذلک ــ مدفوعه: بأنّ الوجه فی عدم الصحّه کون(۴) المعامله سفهیّه(۵) ،

۱- ۱. لاستیفاء المالک عمل العامل، وهو یقتضی ضمانه بالأُجره، من غیر تفاوتٍ بینعلم العامل وجهله، وعدم علمه لا یوجب عدم استحقاقه . (المرعشی).

۲- ۲. فی غیر صوره الإقدام . (الفیروزآبادی).

۳- ۳. بل من القضایا الّتی قیاساتها معها . (الفیروزآبادی).

۴- ۴. الثابت بالدلیل فساد معامله السَفیه، أمّا المعامله السَفَهیّه من الرشید فلا دلیل علیفسادها . (حسن القمّی).

۵- ۵. مضافاً إلی أنّها فاقده للقصد المعتبر فی العقود والإیقاعات . (المرعشی). * لیس هذا هو الوجه؛ إذ لا دلیل علی بطلان المعامله السَفَهیّه، بل الوجه فالبطلان مع العلم بعدم الخروج من الأوّل، مضافاً إلی ما تقدّم هو امتناع تعلّق القصد الجدّی بالمعامله . (الخوئی). * لا دلیل علی بطلان المعامله السَفَهیّه، بل الدلیل دلّ علی بطلان معامله السفیه،والوجه فی البطلان فی الفرض عدم القصد الجدّیّ إلی المعامله . (الروحانی).

مع العلم(۱) بعـدم الخروج من الأوّل، بخلاف المفروض، فالأقوى(۲) مـا ذكرنا(۳) من الصحّه، ولزوم الوفاء بالشـرط ــ وهو تسليم الضـميمه ــ وإن لم يخرج شـىء أو تلف بالآفه. نعم، لو تبيّن عـدم قابليّه الاُصول للثمر إمّا ليبسـها أو لطول عمرها أو نحو ذلك كشف عن بطلان المعامله من الأوّل، ومعه يمكن(۴) استحقاق العامل للاُجره إذا كان جاهلاً(۵) بالحال(۶) .

ص: ۵۵۳

۱- ۱. مع عدم تحقّق القصد الجدّىّ . (عبدالله الشيرازى).

۲- ۲. بل الأقوى ما قدّمناه . (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

۳- ۳. وقد تقدّم ما ذكرناه أيضاً . (السبزوارى).

۴- ۴. بشرط صدق الغَرور . (الفانى).

۵- ۵. بل ولو كان عالماً بها بناءً على التضـمين حتّى فى فعل الإجاره بلا اُجره، والعمدهفيه أنّ المغروس فى مثل هذه المعاملات كون المالـك مسلّطاً للعامل على ماله،والعامل مسـلّطاً للمالك على نفسه مقـدّمه؛ لانتفاعهما من المال المزبور بأحـد الوجوهمن الانتفاع بحاصل الأرض، أو ثمره الشـجره، أو ربـح مال الإجاره، فمع فساد هـذهالمعاملات من الأوّل فكلّ منهما ضامن لغيره ولو فى الجمله، ومع طروء الفسـاد فيالأثنـاء لاـ يكون كـلّ واحـدٍ ضامنـاً للاخر بالنسـبه إلى ما مضـى من الأعمال والمنافع؛لأنّه وضـع مقتضـى وضع أمثـال هـذه العقود . (آقاضـياء). * إذا كـان بـأمرٍ من المالـك، وأمّا لو كـان بتوهّمه صـحّه العقـد فلاـ . (أحمد الخونسارى). * قد مرّ الإشكال على التفصيل بين العالِم والجاهل مراراً . (اللنكرانى).

۶- ۶. الجهل بالحال لا يوجب عدم الاسـتحقاق، كما مرّ نظيره فى الإجاره وغيرها .(الخمينى). * قد مرّ المناط فى الاسـتحقاق . (محمّد رضا الگلپايگانى). * وكان المالك عالماً به، وإلّا فمشكل . (حسن القمّى).

حكم جعل المالك للعامل حصّه من الأُصول

(مسأله ۲۰) : لو جعل المالک للعامل مع الحصّه من الفائده ملکَ حصّهٍ من الاُصول مشاعاً، أو مفروزاً ففی صحّته مطلقاً، أو عدمها کذلک، أو التفصیل(۱) بین أن یکون ذلک بنحو الشرط فیصحّ، أو علی وجه الجزئیّه فلا، أقوال(۲) ، والأقوی(۳) الأوّل(۴) ،

ص: ۵۵۴

---

۱ - ۱. إن کان هذا التفصیل بمجرّد الاعتبار العقلائیّ فله وجه، وإن کان بلحاظ الأثرالعملیّ فیمکن القول بعدمه خصوصاً، بناءً علی أنّ الشرط یفید الملک أیضاً؛ لأنّالجزئیّه الّتی تکون مغایرهً للشرطیّه فی الأثر ما کانت بحسب ذات المعامله ومفادّهاالأوّلی، لا الجعل الثانوی؛ فإنّه عباره اُخری عن الشرطیّه الّتی قد لوحظ فیهاخصوصیّه خاصّه . (السبزواری).

۲ - ۲. أحوطها الأوّل، وأقربها الأخیر . (مهدی الشیرازی).

۳ - ۳. بل الأقوی الأخیر إن کان مفاد الشرط الملکیّه بعد تمام عمل المساقاه .(صدرالدین الصدر). * لا یخلو من الإشکال . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴ - ۴. لا یخلو من الإشکال . (النائینی). * بل الأخیر . (الإصفهانی، البروجردی، أحمد الخونساری). * فیه منع جدّاً إذا کانت بعنوان المساقاه . (الکوه کَمَری). * بل الأخیر . (الإصطهباناتی). * فی صحّته إذا کان بنحو الجزئیّه إشکال، إلّا أن یکون بنحو الاستثناء . (عبدالهادیالشیرازی). * بل الأقوی هو الأخیر؛ لِما تقدّم أنّ الجزئیّه خلاف وضع المساقاه؛ لأنّها تملیکحصّهٍ من النماء ــ أی الثمر ــ بإزاء عمله، لا تملیک أصل الأشجار . (البجنوردی). * بل الأخیر، ولا یصحّ علی وجه الجزئیّه؛ لخروجها عن المساقاه فی هذه الحصّه .(عبدالله الشیرازی). * الأحوط أن یجعل علی نحو الشرط، وإن کان الأقوی ما فی المتن . (الخمینی). * لا یبعد الثانی، وللثالث وجه موجّه وهو الأقرب . (المرعشی). * بل لا یبعد الثانی؛ لأنّ الشرط المذکور خلاف وضع المساقاه، مضافاً إلیما مرّ فی الإجاره من عدم اعتبار ملکیّه المنفعه لمالک العین بسببٍ آخر غیرملک العین . (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل الأخیر، إلّا أن یکون بعنوان معاملهٍ اُخری . (حسن القمّی). * فی صحّته إشکال، إلّا أن یکون بنحو الاستثناء، وجعل المستثنی للعامل بنحوالشرط . (الروحانی).

للعمومات(١) .

ودعوى أنّ ذلك على خلاف وضع المساقاه ــ كما ترى ــ كدعوى أنّ

ص: ٥٥٥

١- ١. كقوله تعالى : (أَوْفُوا بِالعُقُودِ)(المائده : ١.) ، ولكنّ الظاهر من العقود الحقائق الاعتباريّهالعرفيّه، ومن المعلوم أنّ جعل حصّهٍ من الاُصول جزءاً من المساقاه يكون عليخلاف حقيقه المساقاه؛ لأنّها تَعاقد على اُصول شخصٍ مع عملٍ آخر بتشريكٍ فيالثمره بالحصّه، كما عرفت، نعم، الأقوى صحّه ذلك بنحو الشرط، لعموم « المؤمنونعند شروطهم »(الاستبصار للطوسى : ٣/٢٣٢ ، المهذّب لابن البرّاج : ٢/٢١٢ ، الوسائل : الباب (٢٠) من أبوابالمهور، ح ٤ ، المدوّنه الكبرى لمالك : ٣/٢٣٥ ، المبسوط للسرخسى : ٢٣/٣٣.). (الفانى). * بل الأقوى الأخير؛ إذ الجعل على وجه الجزئيّه لا يتصوّر إلّا بجعل العمل للمالك،ومعه لا تصحّ المساقاه . (الخوئى).

مقتضاها أن يكون العمل فی ملک المالک؛ إذ هو أوّل الدعوی(۱) .

والقول بـأنّه لاـ یعقـل أن یشترط علیه العمـل فی ملک نفسه فیه: أنّه لا مانع منه إذا کان للشارط فیه غرض(۲) أو فائده، کما فی المقام؛ حیث إنّ تلک الاُصول وإن لم تکن للمالک الشارط إلّا أنّ عمل العامل فیها ینفعه فی حصول حصّهٍ من نمائها.

ودعوی: أنّه إذا کانت تلک الاُصول للعامل بمقتضـی الشـرط فاللازم تبعیّه نمائها لها مـدفوعه، بمنعها بعـد أن کان المشـروط له الأصـل فقـط فی عرض تملّک حصّهٍ من نمـاء الجمیع. نعم، لو اشترط کونهـا له علی وجهٍ یکون نماوها له بتمامه کان کـذلک، لکن علیه تکون تلـک الاُصول بمنزله المسـتثنی من العمل، فیکون العمل فی ما عـداها ممّا هو للمالک بإزاء الحصّه من نمائه مع نفس تلک الاُصول.

لو تبیّن فی الأثناء عدم خروج الثمر

(مسأله ۲۱) : إذا تبیّن فی أثناء المدّه عدم خروج الثمر أصلاً هل یجب علی العامل إتمام السقی؟ قولان، أقواهما العدم(۳) .

الاستئجار بحصّه من الثمره

(مسأله ۲۲) : یجوز أن یستأجر المالک أجیراً للعمل مع تعیینه نوعاً ومقداراً بحصّهٍ من الثمره(۴) ، أو بتمامها بعد الظهور وبَدوِ

ص: ۵۵۶

۱- ۱. مجرّد ذلک لا یثمر فی التصحیح ما لم یحرز عدم دخله فی حقیقه المساقاه عرفاً،کما أشرنا إلیه مراراً . (آقاضیاء).

۲- ۲. عقلائی . (المرعشی).

۳- ۳. لا یخلو إطلاقه من تأمّل . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. لاـ یصـحّ جعـل حصّهٍ مشـاعهٍ من الثمره اُجرهً للعمـل بمقتضـی اعتبـار العلمبالعوضَـین فی الإجـاره، نعم، لو کان بعـد بـدوِ صلاحها قابلاً للتملیک بالعوض مستقلّاًبنظر العرف صحّ جعلها أو حصّه منها اُجرهً للعمل، وعلی المالک إبقاؤهاإلی حدّ الکمال . (الفانی).

الصلاح، بل وكذا(۱) قبل(۲) البَدو(۳) ، بل قبل الظهور(۴)

ص: ۵۵۷

---

۱ - ۱. صحّه الإجاره فی صوره کون الاُجره حصّهً من الثمره قبل الظهور مع الأمرینمحلّ إشکال، وبدونها أشکل، وأمّا بعده قبل البدوِ بدون الأمرَین فالظاهر أنّها لیستببعیده . (المرعشی).

۲ - ۲. فی صحّه الإجاره إذا کانت الاُجره حصّیته من الثمره قبل ظهورها أو بعد قبل بدوصلاحها إشکال، بل منع حتّی مع الضمیمه، وإجراء حکم بیع الثمار إلی ما نحن فیهقیاس مع الفارق . (صدرالدین الصدر).

۳ - ۳. جعلها اُجرهً بعد الظهور وقبل بَدِوِ الصلاح بدون الضمیمه والعامین محلّ إشکال،إلّا مع شرط القطع، وأمّا قبل الظهور فمحلّ إشکال مطلقاً، بل البطلان فیهلا یخلو من قوّه . (البروجردی). * إذا کان مالاً . (عبدالهادی الشیرازی). * مع کون الثمره مالاً قبل بدوها إن قطع، وإلّا فالأحوط الترک، إلّا مع الضمیمهالموجوده . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴ - ۴. إذا کان قبل الظهور فیه إشکال، ولو مع الضمیمه أو عامین . (الإصفهانی، أحمدالخونساری). * مشکل ولو مع الضمیمه أو عامین، ولا وجه للمقایسه ببیع الثمار . (الإصطهباناتی). * محلّ الإشکال، وإسراء الحکم من البیع لا یخلو من القیاس . (عبدالله الشیرازی). * البطلان أشبه قبل الظهور ولو مع القیدین، وأمّا مع الظهور قبل البَدوِ فلا یبعدصحّته مع اشتراط القطع أو شرط بقائه مدّهً معلومه . (الخمینی). * فیه إشکال ولو مع الضمیمه أو عامَین . (الشریعتمداری). * الظاهر هو البطلان قبل الظهور مطلقاً ولو مع القَیدین؛ لِما عرفت فی کتابالإجاره من عدم معقولیّه هذا النحو من التملیک، وقیاسه علی معامله ما فی الذمّهواضح الفساد، وهذا هو الوجه فی البطلان فی بیع الثمار قبل الظهور، لا الأخبارالمانعه للقصور فیها سنداً أو دلاله، ولم یثبت إجماع علی الجواز فیه قبل الظهور ولومع الضمیمه أو عامین . وأمّا بعد الظهور قبل البَدوِ فی المقام فالظاهر أنّه لا مانع منهمع شرط القطع والاتّصاف بالمالیّه إذا قطع، أو مع شرط البقاء مدّه معلومه، وبدونذلک محلّ إشکال . (اللنکرانی).

أیضاً(۱) إذا کان مع الضمیمه الموجوده، أو(۲) عامین(۳) ، وأمّا قبل الظهور عاماً واحداً بلا ضمیمهٍ فالظاهر عدم جوازه(۴) ، لا لعدم معقولیّه(۵) تملیک ما لیس

ص: ۵۵۸

۱- ۱. لا یخلو البطلان من قوّه . (عبدالهادی الشیرازی). * فیه إشکال حتّی مع الضمیمه الموجوده أو عامین؛ لأنّهما لا یرفعان الغَرروالجهاله فی الاُجره الّتی یجب تعیینها . (البجنوردی). * فیه إشکال، وإسراء حکم البیع إلی الإجاره قیاس . (الخوئی). * لو لا الشبهه الإجماع علی المنع مطلقاً، واحتمال کونه قیاساً علی بیع الثمار .(السبزواری). * إن کان قبل الظهور ففیه إشکال ولو مع الضمیمه أو عامین . (حسن القمّی). * فیه إشکال، والفارق بین الإجاره والبیع : النصّ الخاصّ الّذی هو المدرک للجوازمع الضمیمه أو عامَین فی البیع، وإلّا فمقتضی القاعده هو البطلان فی البابَین، کماتقدّم فی کتاب الإجاره . (الروحانی).

۲- ۲. الظاهر عدم خروج المعامله عن کونها غَرریّهً بشیءٍ من الأمرین، ولا سبیل إلیمقایسه المقام ببیع الثمار . (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- ۳. الظاهر عدم خروج المعامله عن کونها غَرریّه بشیءٍ من الأمرین، ولا سبیل إلیمقایسه المقام ببیع الثمار . (النائینی). * هذا خلاف الاحتیاط . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. علی الأحوط . (محمّد الشیرازی).

۵- ۵. لکنّ الإنصاف أنّه وجه وجیه . (محمّد رضا الگلپایگانی).

بموجود ـ لأنّا نمنع عـدم المعقوليّه بعـد اعتبار العقلاء(۱) وجوده لوجوده المسـتقبليّ؛ ولذا يصحّ مع الضـميمه، أو عامين؛ حيث إنّهم اتّفقوا(۲) عليه(۳) في بيع الثمار، وصرّح به جماعه هاهنا، بل لظهور اتّفاقهم(۴) على عدم الجواز، كما هو كذلك في بيع الثمار، ووجه المنع هناك(۵) خصوص الأخبار(الوسائل: الباب (۱) من أبواب بيع الثمار، أحاديث الباب.)

ص: ۵۵۹

۱- ۱. الظاهر عدم اعتبارٍ للعقلاء في أمثال المقام . (الكوه كَمَري).

۲- ۲. في دعوى الاتّفاق إشكال . (المرعشي).

۳- ۳. دعوى الاتّفاق منه قـدس سـره عجيبه؛ حيث إنّهم ادّعوا الإجماع على عـدم الجواز، أو نفيالخلاف عليه إلّا عن الصـدوق (الوسائل : الباب (۳) من أبواب بيع الثمار، ح ۱ ، من لا يحضره الفقيه : ۳/۲۱۷ ، ح ۳۸۰۶.) ، ولم يدّعِ أحد الإجماع على الجواز في عامين،وأمّا مع الضميمه فادّعوا الشهره على عدم الجواز ولم يدّعِ أحد الجواز، لا في بابالبيع ولا في غيره، نعم، ادّعى العلّامه (تذكره الفقهاء : ۱۰/۳۴۷.) في التذكره الإجماع على جواز البيع بعدالظهور قبل بَدوِ الصـلاح بشرط الضميمه أو عامين، والخلاف (الخلاف للطوسـي : ۳/۸۴.) والمبسوط (المبسوط للطوسـي : ۲/۱۱۳.) والسـرائر (السرائر لابن إدريس : ۲/۳۵۸.) في خصوص عامين . (محمّد رضا الگلپايگاني).

۴- ۴. تحقّقه محـلّ تأمّل . (المرعشـي). * الاتّفاق في تلك المسأله منقول عن جماعه، لكنّ تحقّقه محلّ تأمّل، ولعلّه اجتهادمن بعض . (محمّد رضا الگلپايگاني).

۵- ۵. تقدّم وجه المنع في بحث الإجاره، فليراجع . (الخوئي).

الدالّه(۱) علیه، وظاهرها أنّ وجه المنع الغَرر، لا عدم معقولیّه تعلّق الملکیّه بالمعدوم. ولولا ظهور الإجماع فی المقام لقلنا بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلک، کما یجوز بیع ما فی الذمّه مع عدم کون العین موجوداً فعلاً عند ذِیها، بل وإن لم یکن فی الخارج أصلاً. والحاصل: أنّ الوجود الاعتباریّ یکفی(۲) فی صحّه تعلّق الملکیّه، فکأنّ العین موجوده فی عهده الشجر(۳) ، کما أنّها موجوده فی عهده الشخص.

أحکام بطلان عقد المساقاه

(مسأله ۲۳) : کلّ موضعٍ بطل فیه عقد المساقاه یکون الثمر

ص: ۵۶۰

۱- ۱. الأخبار غیر آبیهٍ عن الجمع بحمل أخبار المنع علی الکراهه والعمده فی وجهالمنع عدم معامله العقلاء مع المعدوم معامله الموجود فی النقل والانتقال إلّا فیموارد مخصوصه، ولیس المقام منها .(محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. کفایه ما لیس فی الذمّه ولا فی الخارج محلّ إشکال، ولا تترتّب علیه آثارالملکیّه لدیهم . (المرعشی).

۳- ۳. ولا یحتاج إلی اعتبار عهده الشجر، بل نفس قابلیّتها کافیه فی اعتبار وجودالنماء، کما هو الشأن فی اعتبار وجود المنافع بمحض قابلیّه العین لها، غایه الأمریحتاج إلی أصاله بقائها إلی أوان الثمره؛ کی لا یلزم غَرر وجودیّ فیها، کما لا یخفی . (آقاضیاء). * جعل عهدهٍ للشجر کما للإنسان من الغرابه بمکان؛ فإنّ العهده عباره عن الذمّه،والذمّه لیست إلّا للرجل المدرک العاقل الّذی یمنعه من الغدر وأکل الباطل : شرفه أودینه، ومن أین للشجر أو مطلق الجماد ذلک؟ ! ولو کان للجماد عهده أو ذمّه لکانالحیوان أولی بها، ولا یقاس هذا علی المال الّذی یجعل وثیقهً لمالٍ آخر، کالرهونترکه المیّت بالنسبه إلی الغرماء فإنّها حقوق جعلها الشارع وساطهً (هکذا فی الأصل، وفی نسخه اُخری : (وسیله).) لصاحبالحقّ أن یستوفی حقّه منها، فتدبّر . (کاشف الغطاء).

للمالک، وللعامل(۱) أُجره المثل لعمله(۲) ، إلّا إذا کان عالماً(۳) بالبطلان(۴)

۱- ۱. قد مرّ مراراً أنّ میزان استحقاق الاُجره کون العمل مستنداً بأمر المالک أواستدعائه، ومجرّد العمل مبتیّاً علی عقدٍ فاسدٍ لا یوجب الاستحقاق، من غیر فرقٍبین علم العامل وجهله . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. إذا کان عمله بأمرٍ من المالک حراماً، وأمّا إذا کان بتوهّمه صحّه العقد فلا . (أحمدالخونساری). * بل أقلّ الأمرین من المثل والمسمّی ولو کان عالماً بالبطلان، إلّا إذا کان البطلانمن جهه جعله جمیع الفائده للمالک، أو کون المُلک غصباً، أو نحو ذلک . (محمّدالشیرازی).

۳- ۳.. * بل وإن کان عالماً بالبطلان، نعم، إذا کان البطلان یجعل جمیع الفائده للمالک لمیستحقّ الاُجره . (البروجردی). * العلم بالفساد شرعاً لا یوجب سقوط الاُجره، نعم، لو کان الفساد مستنداً إلیاشتراط جمیع الثمره للمالک یتّجه عدم الاستحقاق، کان عالماً بالفساد أو لا،واستحقاق اُجره المثل إنّما هو فیما إذا کانت حصّته بحسب التعارف بقدرها أو أکثر،وإلّا فلا یستحقّ إلّا الأقلّ . (الخمینی). * قد مرّ عدم الفرق بین الجاهل والعالم فی ذلک، نعم، لوکان منشأ الفساد جعل تمامالثمر للمالک لا یستحقّ شیئاً مطلقاً، کما أنّه فی صوره الاستحقاق یستحقّ أقلّالأمرین من اُجره المثل ومن مقدار حصّته من الثمره . (اللنکرانی).

۴- ۴. لا-فرق بین العالم والجاهل . (الکوه کَمَری). * تقدّم أنّ الأقرب استحقاق العالِم بالبطلان فی غیر صوره اشتراط الجمیع للمالک .(مهدی الشیرازی). * الظاهر ثبوت اُجره المثل فی هذه الصوره . (عبدالهادی الشیرازی). * حتّی إذا کان عالماً بالبطلان؛ لعدم إقدامه علی العمل مجّاناً، بل لأخذ اُجره المثل،فإذا کان العمل بأمره _ کما هو المفروض فی المقام _ یستحقّ، نعم، لو کان العلمبالفساد لأجل اشتراطه کون جمیع الفائده للمالک لا یبعد أن یکون إقدامه علیالعمل تبرّعاً ومجّاناً، فلا یستحقّ شیئاً . (البجنوردی). * بل یستحقّ اُجره المثل وإن کان عالماً بالبطلان إذا کان العمل بأمره . (أحمدالخونساری). * لا فرق بین العامل والجاهل فی ذلک . (الشریعتمداری). * إطلاق الحکم فی غیر صوره اشتراط کون الجمیع للمالک محلّ نظر، بل منع، نعم،لو کان البطلان من جهه کون الاُصول مغصوبهً فمع علم العامل وعدم مجوِّزٍ له فیالتصرّف لا یستحقّ اُجره . (حسن القمّی).

ومع ذلک أقدم علی العمل(۱) ، أو کان الفساد لأجل اشتراط(۲) کون(۳) جمیع الفائده للمالک، حیث إنّه بمنزله المتبرّع(۴) فی هاتین

ص: ۵۶۲

۱- ۱. العلم بالبطلان لا یوجب تبرّع العامل بعمله، وقد مرّ نظیره فی المضارب_هوالمزارعه، نعم، الأمر _ کما ذکر _ فیما إذا اشترط کون تمام الفائده للمالک .(الخوئی).

۲- ۲. لو استند الفساد إلی اشتراط ذلک صحّت دعوی تبرّع العامل فی عمله وسقوطالاُجره بذلک، ولا سبیل إلی هذه الدعوی فیما إذا استند الفساد إلی موجبٍ آخر، کماتقدّم . (النائینی).

۳- ۳. لو استند الفساد إلی اشتراط ذلک صحّت دعوی تبرّع العامل فی عمله وسقوطالاُجره بذلک، ولا سبیل إلی هذه الدعوی فیما إذا استند الفساد إلی موجبٍ آخر، کماتقدّم . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. إقدامه علی العمل مع علمه بالفساد لا یجعله متبرّعاً، ولا سیّما مع علمه بأنّللعامل اُجره المثل مع فساد العقد، وقد سبق نظیره قریباً . (کاشف الغطاء). * الظاهر ثبوت اُجره المثل فی الصوره الاُولی . (عبدالهادی الشیرازی). * فی الصوره الثانیه، وأمّا فی الصوره الاُولی فالعامل أهدر مالیه عمله بإتیانه برجاءالثمره، مع علمه بإبطال الشارع هذا الرجاء . (الفانی). * تقدّم مراراً أنّ العلم بالفساد لا یستلزم الإقدام بالعمل تبرّعاً ومجّاناً . (المرعشی).

الصورتَین(۱) ، فلا یستحقّ اُجره(۲) المثل علی الأقوی وإن کان عمله بعنوان المساقاه.

إشتراط مساقاه فیعقد مساقاه

(مسأله ۲۴) : یجوز اشتراط مساقاهٍ فی عقد مساقاه، کأن یقول: ساقیْتکَ علی هذا البُستان بالنصف علی أن اُساقِیکَ(۳) علی هذا الآخر بالثُلُث. والقول بعدم الصحّه لأنّه کالبیعین فی بیع المنهیّ عنه ضعیف؛ لمنع کونه من هذا القبیل، فإنّ المنهیّ عنه البیع حالّاً بکذا وموجّلاً بکذا، أو البیع علی تقدیر کذا بکذا، وعلی تقدیرٍ آخَر بکذا. والمقام نظیر أن یقول: «بِعتُکَ داری بکذا علی أن أبیعَکَ بُستانی بکذا»، ولا مانع منه؛ لأنّه شرط(۴)

مشروع(۵) فی ضمن العقد.

جواز تعدّد العامل أو المالک

(مسأله ۲۵) : یجوز تعدّد العامل، کأن یُساقِی مع اثنین بالنصف له والنصف لهما، مع تعیین عمل کلٍّ منهما بینهم أو فیما بینهما، وتعیین حصّه کلٍّ منهما. وکذا یجوز تعدّد المالک واتّحاد العامل، کما إذا کان البُستان مشترکاً بین اثنین

۱- ۱. الظاهر أنّ الاُولی أعمّ من قصد المجّانیّه، بل قد تکون الثانیه أیضاً کذلک .(السبزواری). * یتمّ ما ذکره فی الصوره الثانیه دون الاُولی، فالأظهر فیها ثبوت اُجره المثل .(الروحانی).

۲- ۲. قد مرّ الإشکال فیه مراراً . (آقاضیاء).

۳- ۳. بأن یکون الشرط فعل المساقاه الاُخری بحیث کان له الخیار فی فسخ الاُولی لولم یُسَق لتخلّف الشرط . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- ۴. أو إنشاء بیعٍ فی ضمن إنشاء بیعٍ آخر . (صدرالدین الصدر).

۵- ۵. أو إنشاء بیعٍ فی ضمن إنشاء بیعٍ آخر بشرط أن لا یضرّ بالتوالی، ونحوه منالاُمور المعتبره فی الإنشاء . (المرعشی).

فقالا لواحد: ساقَيناكَ على هذا البُستان بكذا، وحينئذٍ فإن كانت الحصّه المعيّنه للعامل منهما سواء _ كالنصف أو الثُلُث مثلًا _ صحّ وإن لم يعلم العامل كيفيّه شركتهما وأنّها بالنصف أو غيره. وإن لم يكن سواءً كأن يكون فى حصّه أحدهما بالنصف وفى حصّه الآخر بالثُلُث مثلًا فلابدّ من عمله بمقدار حصّه كلٍّ منهما؛ لرفع الغَرر والجهاله فى مقدار حصّته من الثمر.

امتناع العامل عن العمل بعد إجراء العقد

(مسأله ۲۶) : إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءً أو فى الأثناء فالظاهر أنّ المالك مخيّر بين الفسخ(۱) أو الرجوع إلى الحاكم الشرعىّ، فيُجبِره على العمل. وإن لم يمكن استأجر من ماله مَن يعمل عنه، أو بأُجرةٍ موجّلهٍ إلى وقت الثمر فيودّيها منه، أو يستقرض عليه(۲) ويستأجر مَن يعمل عنه.

وإن تعذّر الرجوع إلى الحاكم أو تعسّر فيقوم بالاُمور المذكوره عدول المومنين(۳) ، بل لا يبعد جواز إجباره بنفسه، أو

۱- ۱. بل الإجبار مقدّم على الفسخ مهما أمكن؛ لعموم الوفاء بالعقد، ومع عدم الإمكانأمكن دعوى التخيير بين الفسخ والتقاصّ باقامه غيره مقامه من ماله . (آقا ضياء). * بل يقدّم الإجبار بتوابعه على الفسخ، حتّى مع اعتبار المباشره شرطاً أو قيداً،ويلزم أن يكون الإجبار وتوابعه، والمقاصّه من قبل الحاكم الشرعىّ . (مهديالشيرازى). * بل الإجبار مقدّم . (أحمد الخونسارى).

۲- ۲. فيه إشكال . (المرعشى).

۳- ۳. حيث كان تصدّيهم محرز الرجحان، وهو أوّل الكلام؛ حيث أمكن رفع المحذوربالخيار . (المرعشى). * قيام عدول المؤمنين بها محلّ إشكال، نعم، لو تضرّر المالك كثيراً ولا يُتَدارَكضرره بالفسخ فلا إشكال . (حسن القمّى).

المقاصّه(۱) من ماله(۲) ، أو استئجار(۳) المالک عنه ثمّ الرجوع علیه، أو نحو ذلک. وقد یقال(۴) بعدم جواز الفسخ إلّا بعد تعذّر الإجبار، وأنّ اللازم(۵) کون الإجبار من الحاکم(۶) مع إمکانه، وهو(۷) أحوط(۸) ، وإن کان الأقوی التخییر

۱- ۱. ولو بإذن الحاکم؛ فِراراً عن شبهه عدم جوازها بدونه . (آقاضیاء). * العلم بالبطلان لا یوجب قصد التبرّع . (عبدالله الشیرازی). * للاستئجار . (الخمینی). * من ماله لاستئجار الأجیر عنه . (المرعشی).

۲- ۲. فی جوازها وجواز استئجار المالک عنه إشکال، بل منع . (الخوئی). * فی جواز المقاصّه وجواز استئجار المالک بنفسه إشکال، بل منع، بل فی استئجارالحاکم أیضاً تأمّل . (الروحانی).

۳- ۳. جواز المقاصّه من ماله، وکذا الاستئجار عنه محلّ نظر . (حسن القمّی).

۴- ۴. وهو الأقوی . (المرعشی).

۵- ۵. فی العباره مسامحه؛ فإنّ لزوم کون الإجبار من الحاکم مع إمکانه لا یختصّ بهذاالقول، بل هو مسلّم لا إشکال فیه . (اللنکرانی).

۶- ۶. تقدّم إجبار الحاکم علی إجبار غیره مع اختیار المالک الإجبار وعدم الفسخ لاإشکال فیه، وکأنّ العباره لا تخلو من نحو تشویش . (الخمینی).

۷- ۷. بل هو الأقوی مطلقاً . (جمال الدین الگلپایگانی).

۸- ۸. بل هو الأقوی مطلقاً . (النائینی). * لا یُترک هذا الاحتیاط . (الإصفهانی، البروجردی، أحمد الخونساری، عبدالله الشیرازی). * لا یُترک . (الإصطهباناتی، الشریعتمداری، محمّد رضا الگلپایگانی، السبزواری، حسنالقمّی، اللنکرانی). * هذا الاحتیاط لا یُترک، کما أنّ المقاصّه من ماله أیضاً لابدّ وأن تکون بإذنالحاکم . (البجنوردی). * لا یُترک وإن کان ما فی المتن لا یخلو من قوّه . (الخمینی). * بل أقوی . (المرعشی).

بين الأُمور المـذكوره. هـذا إذا لم يكن مقيّداً(۱) بالمباشـره، وإلّا فيكون مخيّراً(۲) بين(۳) الفسخ(۴) والإجبار(۵) ، ولا يجوز الاستئجار عنه للعمل. نعم، لو كان اعتبار المباشره بنحو الشرط(۶) لا القيد يمكن إسقاط حقّ الشرط والاستئجار عنه أيضاً.

حصول العمل من غير العامل

(مسأله ۲۷) : إذا تبرّع عن العامل متبرّع بالعمل جاز إذا لم يشترط(۷) المباشره، بل لو أتى به(۸) من غير

ص: ۵۶۶

۱- ۱. بل الإجبار أوّلاً، ثمّ الخيار على الأحوط، كما فى ما تقـدّم . (الإصـطهباناتى). * بنحو وحـده المطلوب، وفى هذه الصوره الإجبار ثمّ الخيار . (المرعشى).

۲- ۲. بل الإجبار، ثمّ الخيار على الأحوط، كما فى سابقه . (الإصـفهانى، عبدالله الشيرازى). * بل يتعيّن الإجبار، ثمّ الخيار على الأحـوط، كما فى سابقه . (البروجردى). * لا تُترك مراعاه الاحتياط المـذكور سابقاً فيه أيضاً . (محمّـد رضا الگلپايگانى). * بل له الإجبار أوّلاً، ومع عـدم إمكانه له الخيار . (السبزوارى). * بالنحو الّذى عرفت من تأخّر رتبه الفسخ عن الإجبار احتياطاً . (اللنكرانى).

۳- ۳. بل الإجبار، ثمّ الخيار على الأحوط . (حسن القمّى).

۴- ۴. بل الإجبار، ثمّ الخيار على الأحوط، كما فى سابقه . (أحمد الخونسارى).

۵- ۵. بل يكون مخيّراً بين الفسخ وعدمه بعد تعذّر الإجبار على الأحوط . (الشريعتمدارى).

۶- ۶. أو التقييد بنحو تعدّد المطلوب . (المرعشى).

۷- ۷. بنحـو وحـده المطلـوب . (المرعشـى). * بنحـوٍ كـان الشـرط مصـبّاً للعقـد، أو كـان بنحو القيـد، وإن كـان بنحو الشـرط جازللشارط رفع اليد عن شرطه وتمّ العقد . (محمّد الشيرازى).

۸- ۸. فيـه إشـكال، بـل الأـقوى عــدم الكفـايه . (صدرالـدين الصـدر). * فيـه تأمّـل وإشـكال، وكـذا فى الفرض اللاـحق . (الشريعتمدارى).

قصد(۱) التبرّع(۲) عنه(۳) أيضاً، كفى(۴) ، بل ولو قصد التبرّع عن

ص: ۵۶۷

۱- ۱. إذا لم يقصد التبرّع عنه فكفايته محلّ إشكال، خصوصاً فيما إذا قصد التبرّع عنالمالك . (الإصفهانی). * لا يخلو من إشكال وإن لا يخلو من وجه . (الخمينی). * فيه إشكال، ولابدّ أن يكون للعمل انتساب بوجهٍ ما إلى العامل فی مقابلاستحقاق الحصّه، وأشكل منه ما لو قصد عن المالك . (المرعشی).

۲- ۲. فی كفايته إذا لم يقصد التبرّع عنه، وفرض عدم ضمانه إشكال . (الكوه كَمَری). * فی غير ما قصد به التبرّع عن العامل إشكال . (عبدالهادی الشيرازی). * إذا لم يقصد التبرّع عنه فكفايته محلّ إشكال، خصوصاً فيما إذا قصد التبرّع عنالمالك . (عبدالله الشيرازی). * لابدّ من استناد العمل إلى العامل فی استحقاقه للحصّه، وإلّا فتكون المساقاهسالبةً بانتفاء أحد جزءَی موضوعها، وهو عمل العامل . (الفانی). * فی غير ما إذا قصد التبرّع عن العامل إشكال، إلّا إذا كان ذلک متعارفاً،وسيأتی منه قدس سره الحكم بالإشكال فی نظيره فی ذيل المسأله، مع عدم الفرق بينالمسألتين إلّا فی كون الاستثناء عن العمل هناک بفعل الله، وهنا بفعل الغير، والظاهرأنّه ليس بفارق . (محمّد رضا الگلپايگانی). * كفايته مع عدم قصد التبرّع عنه خصوصاً مع قصد التبرّع عن المالک محلّ إشكال .(حسن القمّی).

۳- ۳. إذا لم يقصد التبرّع عنه فكفايته محلّ إشكال . (أحمد الخونساری). * إن كان المأتیّ به بعض عمل المساقاه يتمّ ذلک، وإن كان جميعه ففی كفايتهإذا لم يقصد التبرّع به عن العامل إشكال، بل منع، وبه يظهر حكم جميعالصور المفروضه . (الروحانی).

۴- ۴. محلّ تأمّل . (البروجردی). * الأقرب عدم كفايته، فضلاً عن صوره التبرّع عن المالک، نعم، لا بأس بالأمطارولو كثرت . (مهدی الشيرازی). * فيه إشكال، كالإشكال فيما لو قصد التبرّع عن المالک، بل هو أشكل .(السبزواری). * لا يخلو من إشكال، كما فی الفرض اللاحق، خصوصاً إذا كان ما يأتی به جميععمل المساقاه . (اللنكرانی).

المالک(۱) کان کذلک أیضاً(۲) ، وإن کان لا یخلو من إشکال(۳) ، فلا یسقط حقّه من الحاصل.

وکـذا لو ارتفعت الحاجه إلی بعض الأعمال، کما إذا حصل السـقی بالأمطار ولم یحتـج إلی النزح من الآبار، خصوصاً إذا کانت العاده کذلک.

۱- ۱. فی هذه الصوره الظاهر أنّ العامل لا یستحقّ حصّته من الحاصل؛ لأنّ استحقاقهکان بإزاء العمل . (البجنوردی).

۲- ۲. هـذا فیمـا إذا کان المأتیّ به بعض عمل المساقاه، وأمّا إذا کان جمیعه ففی کفایتهفی غیر ما إذا قصـد التبرّع به عن العامل إشکال، بل منع . (الخوئی).

۳- ۳. ولو من جهه کون عمله محسوباً عمل المالک، فمع حصر العمل بهلا یصحّ المساقاه؛ لعدم محلٍّ فیه لعمل العامل الّذی هو رکن فی عقـدها،ولا أقلّ من الشکّ فیه، فیکفی فیه أصاله الفساد، فلا مجال حینئذٍللتمسّک بالعمومات . (آقاضـیاء). * قویّ . (الکوه کَمَری). * بل الأقوی البطلان . (صدرالـدین الصدر). * بل الأقوی بطلانه . (أحمد الخونساری). * بل هو ممنوع جدّاً؛ إذ لا یسـتحقّ العامل الحصّه مع عدم اسـتناد العمل إلیه،والتبرّع للمالک یوجب استناد العمل إلیه، لا إلی العامل . (الفانی). * قد تقدّم أنّ المعیار الانتساب إلی العامل؛ فعلیه فی صحّه هذا الفرض نظر .(المرعشی).

وربّما يستشكل بأنّه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه، فإنّ الأجير لا يستحقّ الاُجره؛ لعدم صدور العمل المستأجَر عليه منه، فاللازم فی المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلک العمل.

ويجاب(۱) : بأنّ وضع المساقاه(۲) وكذا المزارعه على ذلک، فإنّ المراد حصول الزرع والثمره، فمع احتياج ذلک إلى العمل فعله العامل، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير(۳) سقط واستحقّ حصّته، بخلاف الإجاره فإنّ المراد منها مقابله العوض بالعمل(۴) منه أو عنه، ولا بأس بهذا الفرق(۵) فی ما هو المتعارف سقوطه أحياناً، كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال. وأمّا لو كان على خلافه، كما إذا لم يكن عليه إلّا السقی واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلّيّهً فاستحقاقه للحصّه مع عدم صدور عملٍ منه أصلاً مشكل(۶) .

ص: ۵۶۹

۱- ۱. هذا الجواب ليس بصحيح؛ إذ لا فرق بين الاستئجار لقلع الضرس مع انقلاعهبنفسه وبين المقام؛ لأنّ الحصّه جُعلت مقابلاً للعمل؛ إذ هو أحد ركنَی المساقاه، ومععدم صدور عملٍ من أحدٍ أو صدوره مع عدم استناده إلى العامل مباشرهً أو تسبيباً أوبتبرّع الغير له كيف يقال بصحّه المساقاه؟ ! (الفانی).

۲- ۲. التعليل عليل وإن كان الأقوى ما أفتى به قدس سره . (الشريعتمداری).

۳- ۳. مع تبرّعه عنه، لا مطلقاً، كما عرفت . (صدرالدين الصدر).

۴- ۴. المساقاه أيضاً مقابله بالعِوَض وهو الحصّه، وهی فرع من فروع الإجاره، لا فرقبينهما إلّا بأنّ الاُجره فی المساقاه هی الحصّه الّتی يغتفر فيها بعض الجهاله، بخلافهافی الإجاره الّتی لا يجوز فيها شیء من الجهاله . (كاشف الغطاء).

۵- ۵. فی الفرق تأمّل . (محمّد الشيرازی).

۶- ۶. لا فرق بين هذا وسابقه فی ما هو ملاک الإشكال والجواب . (البروجردی). * بل ممنوع؛ لما ذكرنا فی الحاشيه السابقه أنّ استحقاقه لحصّته بإزاء ما يصدر عنهمن العمل . (البجنوردی). * بل منع . (أحمد الخونساری). * بل باطل قطعاً . (الفانی). * بل ممنوع . (الخمينی). * بل فيه منع لو لم يكن تعارف على الخلاف . (السبزواری). * وكذا فی صوره عدم قصد التبرّع عن العامل . (محمّد الشيرازی). * لا فرق بين هذه الصوره والصوره السابقه فی ما هو الملاک، فالتفريق فی غيرمحلّه . (اللنكرانی).

أحكام فسخ المالك عند امتناع العامل

(مسأله ۲۸) : إذا فسـخ المالک العقـد بعـد امتناع العامل عن إتمام العمل يکون الثمر له، وعليه أُجره المثل(۱) للعامل بمقدار ما عمل. هذا إذا کان قبل ظهور الثمر، وإن کان بعده(۲) يکون(۳) للعامل

ص: ۵۷۰

۱- ۱. مع القيـد المتقـدّم . (الخمينی). * الظـاهر أنّه لاـ يسـتحقّ اُجره المثـل؛ لأنّ هـذا العمل لم يقع عليه العقـدحتّی يکون بأمر المالک؛ فإنّ الواقع عليه العقد هو العمل المنتهی إلی وصولالثمر لا مطلقاً . (الخوئی).

۲- ۲. حـاله کحـال قبله، وکـذا لاـ وجه لقطع بعض الثمر قبل النضـج، وإذا کانت المساقاهبالبلوغ للثمره کان الأقرب عـدم الحقّ للعامل أصلاً . (محمّد الشيرازی).

۳- ۳. هـذا إذا فسـخه المالک من حينه وقلنا بجواز ذلک له، أمّا إذا فسـخ العقد من أصـلهفليس للعامل إلّا اُجره مثل ما عمله . (حسن القمّی). * بـل لاـ فرق بين هـذه الصوره والصوره السـابقه، سواء کـان الفسـخ مؤثّراً منالأصـل أو من الحين، وسواء کانت حقيقه المساقـاه ما أفاده فی تعريفها _ کمااسـتظهرناه _ أو کانت حقيقتها ما اختاره فی المسأله (۱۹) المتقدّمه من أنّها عبارهعن التسليط للاستنماء، فإنّه علی جميع التقادير يکون أثر الفسخ رفع أثر العقدالّذی هو الملکيّه . (اللنکرانی).

حصّته(۱) ، وعليه الأُجره للمالك إلى زمان البلوغ إن رضى بالبقاء، وإلّا فله

ص: ۵۷۱

---

۱ – ۱. إذا كـان شـريكاً معه بظهـور الثمره دون مـا إذا شـرطوا له الحصّه إذا بلغت .(الكوه كَمَرى). * لا ـ يظهر وجه لبقـاء ملك العامل لحصّ‍ته بعـد فسـخ العقد الّذى هو العلّه له حدوثاًوبقاءً . (البروجردى). * إن فسخ المالك العقد من حينه ، أمّا لو فسـخه من أصـله فليس للعامـل إلّا أُجرهالمثل لما عمل . (مهـدى الشـيرازى). * بناءً على كون الفسـخ حلّ العقـد، فليس له الحصّه . (عبـدالله الشـيرازى). * إلّا إذا كان الثمر بعنوان بلوغه مجعولاً للعامل . (الفانى). * لا وجه لبقاء ملكيّه العامل للحصّه بعـد فسـخ العقـد، والفسـخ وإن كان من حينهولكنّ مقتضاه فرض العقـد كأن لم يكن من ذلك الحين بالنسـبه إلى آثاره، ولازمهرفع ملكيّه الحصّه من حين الفسـخ؛ لأنّهـا من آثـار العقـد . (الشـريعتمدارى). * لا ـ وجه له بعـد كـون الفسـخ من الأصـل، لا ـ من حينه . (الخمينى). * بناءً على كون الفسخ من حينه، وأمّا بناءً على كونه من أصـله فلا تبقى الحصّه فيملكه بعد الفسخ حتّى تُسلّم إليه . (المرعشـى). * الظاهر أنّ حكم الفسـخ بعـده حكمه قبله . (الخوئى). * لا معنى لبقاء حصّه العامل بملكه بعـد فسخ العقد الّذى كان سـبباً للملكيّه بقاءًوحـدوثاً، ويكون الثمر فى المساقاه بمنزله الثمن أو المثمن فى البيع بناءً على كونهامعاوضه، ويكون بمنزله المنفعه فى الإجـاره على مـا اخترناه، وأمّا على مختاره منأنّها تسـليط العامل للاسـتنماء : فإن كان ذلك التسـليط بمنزله الإذن غير قابلٍ للفسـخبل له الرجوع عن تسـليطه فتمّ ما ذكره قدس سره ، وأمّا إذا كان قابلاً للفسخ _ كما يظهر منسياق كلامه _ فبالفسخ ينحلّ العقـد من حينه، ويحكم بأنّه كأن لم يقع، ولازمهرجوع الثمر إلى المالك . (محمّ‍د رضا الگلپايگانى). * بـدعوى أنّ أثر الفسـخ سـقوط الالتزام العمليّ دون زوال الملكيّه الحادثه، كالفسـخفى أثناء المزارعه والمضاربه بعد حصول الربح . (السبزوارى). * مع فسـخ العقـد الموجب لارتفاعه، وفرضه كأن لم يكن لا وجه لبقاء ملك العامللحصّ‍ته بعـد الفسـخ، بل حكم الفسخ بعده حكمه قبله . (الروحانى).

الإجبار على القطع(۱) بقدر حصّته، إلّا إذا لم يكن له قيمه أصلاً فيحتمل(۲) أن يكون(۳) للمالک(۴) کما قبل الظهور(۵) .

عدم اعتبار الإشهاد على الاستئجار عن العامل

(مسأله ۲۹) : قد عرفت أنّه يجوز للمالک مع ترک العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه(۶) ، ويرجع عليه: إمّا مطلقاً کما

ص: ۵۷۲

۱- ۱. مع إعطاء الأرش . (الفيروزآبادی).

۲- ۲. احتمالاً فی نهايه الضعف، بل لا وجه له . (الفيروزآبادی). * فيه إشکال . (المرعشی).

۳- ۳. فيه منع؛ لأنّ العقد اقتضى ملکيّته فلا وجه للانتقال إلى المالک، غايه الأمر لايوجب ضماناً على المالک بإتلافه؛ لفرض عدم الماليّه والقيمه، ولکنّ مجرّد ذلک لاينافی ملکيّته لغيره؛ إذ دائره الملکيّه أوسع من الماليّه من وجه، کما أنّ دائرتها أيضاًأوسع من الملکيّه بوجهٍ آخر . (آقاضياء).

۴- ۴. لا وجه لهذا الاحتمال، إلّا أن يقال بأنّ الفسخ يوجب کون الثمر للمالک مطلقاً،سواء کان قبل ظهور الثمر أم بعده . (البجنوردی).

۵- ۵. فيکون للعامل اُجره المثل، ويحتمل أن يکون للعامل باعتبار قيمته من حيث کونهفی معرض البلوغ، فالأحوط للمالک حينئذٍ أن يفسخ العقد من أصله، ويعطيهالاُجره، أو يصالحه عن ...(إلى هنا انتهى متن نسخه الأصل ولا يوجد ما بعده، والظاهر (عن حصّهٍ من الثمر).). (مهدی الشيرازی).

۶- ۶. بإذن الحاکم على الأحوط، بل لا يخلو من قوّه . (المرعشی). * تقدّم الإشکال فی الاستئجار عنه فيسقط ما يتفرّع عليه . (حسن القمّی). * تقدّم الإشکال فيه . (الروحانی).

لا يبعد(۱) ، أو بعـد تعذّر(۲) الرجوع إلى الحـاكم. لكن يظهر من بعضـهم اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشـهاد على الاستئجـار عنه، فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتّى بينه وبين الله.

وفيه مـا لا يخفى، فالأقوى(۳) أنّ الإشـهاد للإثبات ظاهراً، وإلّا فلايكون شـرطاً للاسـتحقاق، فمع العلم به، أو ثبوته شرعاً يستحقّ الرجوع وإن لم يكن أشـهد على الاستئجار، نعم، لو اختلفا فى مقدار الاُجره فالقول قول العامل فى نفى الزياده، وقد يقال بتقديم قول المالك؛ لأنّه أمين(۴) ، وفيه ما لا يخفى. وأمّا لو اختلفا فى أنّه تبرّع عنه أو قصـد الرجوع عليه فالظاهر تقـديم قول المالك؛ لاحترام(۵) ماله(۶) وعمله، إلّا إذا ثبت التبرّع وإن كان لا يخلو من

۱- ۱. مرّ الكلام فيه . (الخمينى). * وقد مرّ الإشكال فيه . (الخوئى). * بل بعيد . (اللنكرانى).

۲- ۲. وهو الأحوط، بل لا يخلو من قوّه . (المرعشى).

۳- ۳. وهو التحقيق، والإشهاد لا موضوعيّه له، بل هو طريق الإثبات فقط . (المرعشى).

۴- ۴. فيه إشكال . (المرعشى). * الظاهر أنّ أدلّه الأمين منصرفه عن مثله . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- ۵. بل لقاعده « مَن ملك شيئاً ملك الإقرار به »(المبسوط للطوسى : ۳/۱۹ ، السرائر : ۲/۵۷ ، كشف الرموز للفاضل الآبى : ۱/۵۳۳). (المرعشى). * بل لأنّه أعرف بنيّته، ولا تُعرَف إلّا من قبله، كما فى نظائره . (اللنكرانى).

۶- ۶. بل لأنّه ولىّ لعمله وأعرف بنيّته، كالوكيل . (محمّد رضا الگلپايگانى).

إشكال(۱) ، بل يظهر من بعضهم تقديم قول العامل(۲) .

تبيّن غصبيّه الاُصول

(مسأله ۳۰) : لـو تـبيّن بـالبيّنه أو غيرها(۳) أنّ الاُصول كـانت مغصـوبهً: فـإن أجـاز(۴) المغصـوب منه(۵) المعـامله صـحّت المساقاه(۶) ، وإلّا بطلت، وكان تمام الثمره للمالك المغصوب منه، ويستحقّ العامل اُجره المثل على(۷) الغاصب(۸)

۱- ۱. لاـ إشـكال فيه ظاهراً بمقتضـى الكلمات . (آقاضـياء). * لا وجه للإشـكال أصـلًا، وكيف يُقـدَّم قول العامل وهو خلاف أصـاله احترام العملوالمالـك أعرف بقصـده؟ ! وبـالجمله فقول العامـل مخـالف للأصـل والظاهر . (كاشف الغطاء). * هـذا هو الصـحيح، ولاـ إشـكال فيه؛ لِما ذكره فى المتن؛ ولأنّه أعرف بقصـده ونيّته .(البجنوردى). * لا وجه للإشـكال، ولا لتقـديم قول العامل . (عبدالله الشيرازى). * لا إشكال فيه . (الفانى).

۲- ۲. لكنّ الأقوى هو القول الأوّل . (البروجردى).

۳- ۳. هذا إذا كان حجّه مطلقاً، وأمّا مثل اعتراف المُساقِى فلا أثر له بالإضافه إليالعامل . (الخوئى).

۴- ۴. فى جريان الإجازه فى المقام تأمّل وإشـكال . (صدرالـدين الصـدر). * فى تصـحيح هـذا العقد مع خصوصـيّاته بالإجازه وكونه مساقاهً حتّى تترتّب عليهآثارها الخاصّه إشكال قوىّ، فلا يُترك الاحتياط . (المرعشى).

۵- ۵. صلاحيّه هذا العقد بقيوده للإجازه محلّ تردّد . (البروجردى).

۶- ۶. مرّ الإشـكال فى جريان الفضولىّ فى المساقاه؛ لِما تتضـمّن التعهّد من الطَرفَينزائداً على ما يتعلّق بملك الغير . (محمّد رضا الگلپايگانى).

۷- ۷. ما لم تزد عن الحصّه، فلو زادت ففى مقدار الزياده الأحوط التصالح . (حسنالقمّى).

۸- ۸. ويجوز أن يرجع على المُساقِى مع علمه بالغصب، ويرجع هو على الغاصب .(صدرالدين الصدر).

إذا كـان جاهلاً بالحال(۱) ، إلّا إذا كان مـدّعياً عـدم الغصبيّه وأنّها كانت للمساقى؛ إذ حينئـذٍ ليس له الرجوع عليه؛ لاعترافه(۲) بصـحّه المعـامله، وأنّ المـدّعىَ أخـذ الثمره منه ظلمـاً. هـذا إذا كـانت الثمره بـاقيه، وأمّا لو اقتسـماها وتلفت عنـدهما فالأقوى أنّ للمالك الرجوع(۳) بعوضها على(۴) كلٍّ من الغاصب والعامل(۵) بتمامه(۶) ، وله الرجوع على كلٍّ منهما بمقدار حصّته، فعلى الأخير لا إشكال(۷) . وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على

۱- ۱. بل مع العلم به أيضاً فيه وفى ما بعده، وقد مرّت نظائره (هذه التعليقه أوردناها من نسخهٍ اُخرى منه قدس سره .). (الخوئى). * وكـان عمله مستنداً إلى الغاصب . (محمّـد رضا الگلپايگانى). * إذ مع علمه بالحال، وأنّه لا يجوز تصـرّفه فيها، وأنّه ليس للمساقى الإذنوالأـمر بالعمـل فيهـا لاـ يسـتحقّ فى مقابـل عمله شـيئاً؛ لأـنّ عمله حرام، نعم،لو كان له مجوّز فى التصـرّف فإطلاق الحكم بعدم استحقاقه الاُجره ممنوع،كما تقدّم فى نظائره . (حسن القمّى). * مرّ الكلام فيه مراراً . (اللنكرانى).

۲- ۲. مع عدم القطع بالخلاف . (أحمد الخونسارى).

۳- ۳. لا وجه لرجوعه على العامل إلّا بالمقدار الّذى وقع من الثمر تحت يدهوسلطانه، وهو خصوص حصّـته منه، لا جميعه، نعم، له الرجوع بتمام عوضهاعليالغاصب فقط . (الخوئى).

۴- ۴. هذا إذا كانت الثمره بتمامها تحت يد كلٍّ منهما استقلالاً، بحيث يتمكّن كلّ منهماالتصـرّف فى الكلّ بلا مزاحم . (حسن القمّى).

۵- ۵. إذا كان لكلٍّ منهما الاستيلاء عليها . (عبدالهادى الشيرازى).

۶- ۶. إن تحقّق استيلاؤه على المال بتمامه . (السبزوارى).

۷- ۷. فى عدم رجوع أحدهما على الآخر . (المرعشى).

الآخر(۱) بمقدار حصّته، إلّا إذا اعترف بصحّه العقد وبطلان دعوی المدّعی للغصبیّه؛ لأنّه حینئذٍ معترف بأنّه غَرّمه ظلماً.

وقیل: إنّ المالک مخیّر بین الرجوع(۲) علی کلٍّ منهما بمقدار حصّته وبین الرجوع علی الغاصب بالجمیع، فیرجع هو علی العامل بمقدار حصّته، ولیس له الرجوع(۳) علی العامل(۴) بتمامه(۵) ، إلّا إذا کان عالماً(۶)

۱- ۱. إن کان مغروراً من طرفه . (صدرالدین الصدر).

۲- ۲. التحقیق أنّه لو فرض استقلال ید کلٍّ منهما علی الثمره فله الرجوع علی کلٍّ منهمابتمام العوض، وإن کانت الثمره تحت یدهما مشترکاً فللمالک الرجوع علی کلٍّمنهما بمقدار الّذی یکون تحت یده وسلطانه، مع احتمال جواز رجوعه علیخصوص المُساقِی بتمامه . ولو فرض استقلال ید المساقی علی التمام وعدم سلطانٍللعامل فله الرجوع بالتمام علی المُساقِی، وبالحصّه فقط علی العامل . وإذا انعکسالأمر فله الرجوع علی العامل بالتمام، وعلی المُساقی بالحصّه وحدها، مع احتمالجواز رجوعه علیه بالتمام . (حسن القمّی).

۳- ۳. لا یخلو من شوب الإشکال . (المرعشی).

۴- ۴. لا یخلو هذا القول من قوّه؛ لأنّ الضمان من جهه الإتلاف، لا من جهه الید؛لأنّ العمل فی الأشجار لیس استیلاءً علیها وعلی ثمرتها؛ وعلیه لا فرق بینالعلم والجهل . (عبدالله الشیرازی).

۵- ۵. هذا هو الأقوی؛ فإنّ ید العامل إنّما تکون علی حصّهٍ من الثمر، لا جمیعه؛فإنّ المراد بالید الاستیلاء، ومن المعلوم أنّ حصّه الغاصب لیست تحت استیلاءالعامل، بل هو مُراعٍ لها ونائب عنه فی حفضها، ولا فرق فی ذلک بین علمالعامل وجهله . (الروحانی).

۶- ۶. هذا القول هو الأقوی، لکن لا فرق فی ذلک بین کونه عالماً بالحالوجهله به، ووجهه هو : أنّ العمل فی الأشجار لیس استیلاءً له علیها،ولا علی ثمرتها، والموجب للضمان هو الإتلاف أو الاستیلاء الّذی هو المراد بالید،لا التصرّف . (البروجردی).

بالحال، ولا وجه له(۱) بعد ثبوت یده على الثمر(۲) ، بل العین أیضاً. فالأقوى ما ذكرنا؛ لأنّ یدَ كلٍّ منهما یدُ ضمان، وقرار الضمان على مَن تلف فی یده(۳) العین(۴) ، ولو كان تلف الثمره بتمامها فی ید أحدهما كان قرار الضمان علیه. هذا، ویحتمل(۵) فی أصل

۱- ۱. إذا استولى العامل على العین والثمره، وأمّا إذا كانتا تحت ید المالك والعامل یقومبالسَّقِی والعمل فالوجه الرجوع إلى المالك ولو فی حصّه العامل قبل استیلائه علیها،نعم، مع استیلائه علیها یجوز الرجوع إلیه أیضاً، فالمیزان فی الرجوع هو الاستیلاء،لا مطلق التصرّف . (الخمینی).

۲- ۲. عمل المساقاه لا یستلزم یداً واستیلاءً للعامل على الثمره، ولا علیالاُصول، فالأوجه التفصیل : ففیما لم یكن للعامل ید فلا یرجع المالكعلیه إلّا بمقدار حصّته، وفی صوره ثبوت ید العامل یجوز الرجوععلیه بتمامه . (الشریعتمداری).

۳- ۳. إلّا إذا كان مغروراً فعلى مَن غَرَّه . (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ۴. إلّا إذا كان مَغروراً فعلى من غرّه . (النائینی).

۵- ۵. هذا لا یخلو من قوّه . (الإصفهانی). * لكنّه غیر وجیه . (الخمینی). * هذا الاحتمال ضعیف؛ لأنّ العامل أقدم على أن تكون الحصّه له بإزاءعمله، لا مجّاناً؛ فحیث لم یُمضِ الشارع هذه المعامله فلا محاله یحكمعلیه بضمان ما أتلفه، أو تلف تحت یده من الثمر، خصوصاً مع الحكمباستحقاقه اُجره عمله . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لكنّه غیر وجیه؛ فإنّه لم یَقدِم على أن تكون الحصّه له مجّاناً، ولم یتحقّق منالغاصب غرور بالإضافه إلیه، بل دخل على كونها بإزاء عمله، والمفروض فسادالمعامله ورجوعه إلى الغاصب بأُجره مثل العمل، فما الموجب لعدم كونه ضامناًللحصّه؟ وأیّ غرورٍ یفرض فی المقام؟ (اللنكرانی).

المسأله(۱) کون قرار الضمان(۲) علی الغاصب مع جهل العامل؛ لأنّه مغرور(۳) من قبله(۴) ، ولا ینافیه ضمانه

---

۱ - ۱. لا یخلو من قوّه . (عبدالهادی الشیرازی). * هذا الاحتمال ضعیف غایته؛ لأنّه یستلزم الجمع بین اُجره مثل عمله والحصّهالمشاعه من الثمر بواسطه إتلافه، وقاعده الغرور لا مورد لها فی المقام حتّی معجهله؛ لأنّ عمله لا یقع مجّاناً علی کلّ حال؛ لأنّه علی فرض البطلان یأخذ اُجرهالمثل . (البجنوردی). * هذا هو الأقوی؛ لأنّ إعطاء مال الغیر لا یُحتسَب اُجرهً لعمل العامل إذا استوفاهالغاصب تغریراً له . (الفانی). * فیه إشکال قویّ . (المرعشی). * لکنّه ضعیف، ولیس المورد مورداً لقاعده الغَرر . (حسن القمّی). * هذا الاحتمال ضعیف؛ فإنّه أقدم علی تملّک حصّته المجعوله له بإزاء عمله لامجّاناً، فلا غرور . (الروحانی).

۲- ۲. هذا الاحتمال ضعیف؛ فإنّه لم یدخل علی أن تکون الحصّه له مجّاناً، ولم یغرّهالغاصب بذلک، بل علی کونها له بعوض عمله الّذی خرج عن کونه عوضاً لهواستحقّ اُجرته علی الغاصب . (البروجردی).

۳- ۳. فی الغرور إشکال؛ لمکان إقدامه علی تملّک الحصّه بإزاء العمل لا بلا عوض .(المرعشی).

۴- ۴. أیّ غرور فی المقام، مع أنّه أقدم علی تملّک حصّته المجعوله له بإزاء عمله لامجّاناً؟ والمفروض أنّه یرجع علی المالک باُجره مثله، فالاحتمال المزبور ضعیفجدّاً . (الخوئی). * أی الغرور من جهه رجوع المالک، لا من جههٍ اُخری، وهذا أیضاً نحو الغرور (کذا فی الأصل، والظاهر أنّ الأصحّ (نحوٌ من الغرور).) یرجع فیه العقلاء إلی مَن غرّهم، وهذا الاحتمال وجیه . (السبزواری).

لُاجره عمله(۱) ؛ فإنّه محترم، وبعد فساد المعامله لا ـ تكون الحصّه عِوضاً عنه فيستحقّها. وإتلافه الحصّه إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له.

حكم مساقاه العامل غيره

(مسأله ۳۱) : لا ـ يجوز للعامل فى المساقاه أن يُساقِى غيره مع اشتراط المباشره، أو مع النهى عنه(۲) ، وأمّا مع عدم الأمرين ففى جوازه مطلقاً ـــ كما فى الإجاره والمزارعه ـــ وإن كان لا يجوز تسليم الاُصول إلى العامل(۳) الثانى إلّا بإذن المالك، أو لا يجوز مطلقاً(۴) وإن أذن المالك، أو لا يجوز إلّا مع

۱- ۱. بالمقدار الزائد عن الحصّه الّتى أخذها . (الفانى).

۲- ۲. لا تأثير لنهى المالك إلّا بالنسبه إلى تسليم الاُصول إلى العامل الثانى؛ فإنّه لايجوز بدون إذن المالك، وأمّا المساقاه بدون التسليم على فرض جوازها فلا مانعمنه ولو مع النهى، ولا دليل يقتضى منعه . (محمّد رضا الگلپايگانى). * نهى المالك بما هو مالك لا ـ يؤثّر بالإضافه إلى المساقاه الثانيه؛ لعدم كونها منشؤون ملكيّته، بل غايته التأثير بالنسبه إلى تسليم الاُصول إلى العامل الثانى، وهو لايلازم المساقاه . (اللنكرانى).

۳- ۳. الحكم فيه كما مرّ فى المزارعه] والإجاره [(ما بين المعقوفتين أضفناه من نسخهٍ اُخرى .) وقد مرّ أيضاً الإشكال فى أصلجواز المساقاه بعد ظهور الثمر . (الخوئى).

۴- ۴. وهو الأحوط . (الكوه كَمَرى). * هذا هو الأقوى إذا كان مساقاه المساقى الأوّل مع المساقى الثانى لنفسه، كما هوظاهر محلّ النزاع . (الإصطهباناتى). * بمعنى أنّه لا يجوز له مساقاه الغير على أن يكون هو عاملاً له وهو يكون عاملاًلمالك الأشجار . (المرعشى).

إذنه(۱) ، أو لا يجوز(۲) قبل ظهور الثمر، ويجوز بعده، أقوال(۳) ، أقواها

۱- ۱. بمعنى فسخ المعامله الاُولى وعقد معاملهٍ جديدهٍ بين المالك والعامل الثانى .(صدرالدين الصدر). * هذا هو الصحيح إن كان المراد من الإذن توكيله فى إيقاع المساقاه معه عن قبلهبإبطال المساقاه السابقه مع العامل وإيقاع مساقاهٍ جديده، لكنّه خلاف الفرض .(البجنوردى). * هذا هو الأقوى، لكنّ إذنه فيها توكيل للمساقى الأوّل فى إيقاع مساقاهٍ اُخريللمالك مع المساقى الثانى بعد فسخ المساقاه الاُولى فلا يستحقّ المساقى الأوّلشيئاً، وأمّا مساقاه المساقى الأوّل مع غيره لنفسه فالظاهر عدم جوازه مطلقاً .(الإصفهانى). * هذا هو الأقوى، لكنّ إذنه فيها توكيل للمساقى الأوّل فى إيقاع مساقاهٍ اُخرى منالمالك مع المساقى الثانى بعد فسخ المساقاه الاُولى، ولا يتصوّر غير ذلك . (أحمدالخونسارى). * إذا كان إذنه فسخاً للمساقاه الاُولى وتوكيلًا لعقد مساقاه ثانيه من قبل المالك،ولكنّه لا يظهر من المتن . (الفانى). * وهو الأقرب، ومآل إذنه هذا إلى الإذن فى فسخ المساقاه الاُولى وإيقاع الثانيهمن المالك مع المساقى الثانى . (المرعشى).

۲- ۲. إن كان الإذن بالنسبه إلى المساقاه لنفسه الّذى مرجعه إلى فسخ المساقاه الأوّليّهفالظاهر أنّه لا مانع منه، وإن كان الإذن بالنسبه إلى المساقاه لنفس العامل فلا يبعدعدم الجواز . (عبدالله الشيرازى).

۳- ۳. أقواها الثانى؛ فإنّه ليس مساقاه، كما مرّ فى المزارعه أيضاً ما هو الأقوى، فراجع .(الخمينى).

الأوّل(١) ، ولاـ دليل على القول(٢) بـالمنع مطلقـاً، أو فی الجمله بعـد شـمول العمومات(٣) من قوله تعـالی: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(المائده: ١.) و(تِجٰارَةٌ عَنْ تَرٰاضٍ)(النساء: ٢٩.)، وكونهـا علی خلاف الأصل فاللازم الاقتصار علی القـدر المعلوم ممنوع(۴) بعد شمولها(۵) .

ص: ۵٨١

---

١ – ١. بـل أقواهـا الثـانی، بمعنی أنّه لاـ یجوز له مساقـاه الغیر علی أن یكون الغیر عاملاًـ لهوهو عاملاًـ لمالک الاُصول، وهو مراد القوم فی هـذا الخلاـف . (البروجردی). * الأـحوط الثانی، ولا یُترک . (حسن القمّی). * بل أقواهما الثانی؛ لأنّ هـذه المعامله علی خلاـف القواعـد باعتبـار الغَرر والجهـاله،ولاـ نصّ خـاصّ فی المقـام، ومقتضـی الاقتصـار علی القـدر المـتیقّن هـو ذلـک .(الروحانی). * كما فی المزارعه والإجاره، ولم یظهر للمساقاه وجه اختصاصٍ بالمنع، نعم، قـدمرّ الإشـكال فی صـحّه المساقاه بعد ظهور الثمر . (اللنكرانی).

٢– ٢. الدلیل وقوع المساقاه من المالک مع العامل الأوّل . (الفانی).

٣– ٣. علی فرض تسلیم الشمول لا تفید أكثر من الصحّه، وأمّا كونها مساقاةً فلا، كماتقدّم . (صدرالدین الصدر). * ولكن بناءً علی الشمول وإن كانت صحیحةً، لكنّها لیست من المساقاهالمصطلحه . (المرعشی).

۴– ۴. ذلک كذلک فی غیر المقوّمات العرفیّه . (آقاضیاء).

۵– ۵. مع العلم بعـدم دخـل ما یحتمل دخله عرفاً، وإلّا فلا، كما هو الحال فی سائرالمعاملات . (الإصـطهباناتی). * وعـدم تردّد العرف والعقلاء فیه؛ لئلّا یكون من التمسّک بالعامّ فی الشبههالمصداقیّه، والظاهر عدم التردّد، كما أنّ الظاهر أنّه یجری فی المقام ما تقدّم فیالمسأله (١٣) من كتاب المزارعه . (السبزواری).

ودعوى أنّه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقى، أو كان وكيلاً عن المالك، أو وليّاً عليه، كما ترى؛ إذ هو أوّل الدعوى(۱) .

خراج الأرض على المالك

(مسأله ۳۲) : خَراج السلطان فى الأراضى الخراجيّه على المالك؛ لأنّه إنّما يوخذ على الأرض الّتى هى للمسلمين، لا الغرس الّذى هو للمالـك، وإن اُخـذ على الغرس فبملاحظه الأرض، ومع قطع النظر عن ذلـك أيضاً كـذلك فهو على المالك مطلقاً، إلّا إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما بشرط العلم بمقداره(۲) .

ملكيّه العامل لحصّته من حين الظهور

(مسأله ۳۳) : مقتضـى عقد المساقاه ملكيّه العامل للحصّه من الثمر(۳) من حين ظهوره، والظاهر عـدم الخلاف فيه، إلّا من بعض العامّه(راجع فتح الوهاب لزكريا الأنصارى: ۱/۴۱۸، والإقناع فى حلّ ألفاظ أبى شـجاع للشربينى: ۲/۱۳.)؛ حيث قال بعدم ملكيّته له إلّا بالقسـمه، قياساً على عامل القراض؛ حيث إنّه لا يملك الربـح إلّا بعد الإنضاض(الإنضاض: نضّ المال ينضّ، إذا تحوّل نقداً بعد أن كان متاعاً، النهايه فى غريب الحديث لابنالأثير: ۵/۷۲، (ماده نضض).).

۱- ۱. هى دعوى غير بعيـده . (المرعشـى). * بـل المنـاط كون تسـليم الاُصول إلى العامل برضا المالك، والمفروض تحقّقه .(السبزوارى).

۲- ۲. أى علم العامل، ولا يشترط علم المالك . (محمّد الشيرازى).

۳- ۳. إلّا مع اشتراط بلوغ الثمر إلى حدّ كماله فى جعل الحصّه ملكاً للعامل . (الفانى).

وهو ممنوع عليه(۱) حتّی فی المقیس علیه، نعم، لو اشترطا(۲) ذلک(۳) فی ضمن العقد لا یبعد صحّته(۴).

فروع ملکیّه الحصّه بالظهور :

ویتفرّع علی ما ذکرنا(۵) فروع: منها : ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمه مع اشتراط مباشرته للعمل، فإنّ المعامله تبطل(۶) من حینه(۷) والحصّه تنتقل(۸) إلی وارثه علی ما ذکرنا.

ص: ۵۸۳

۱- ۱. إذ الربح فی المقیس علیه وقایه لرأس المال، ولا تحقّق له إلّا بعد وصول رأسالمال تامّاً إلی المالک . (المرعشی).

۲- ۲. الصحّه محلّ إشکال، وعلی الفرض شمول أدلّه المساقاه له محلّ تأمّل .(المرعشی).

۳- ۳. کما یجوز أن یشترطا ملکیّته إذا بلغت الثمره وأدرکت . (الکوه کَمَری).

۴- ۴. مشکل . (الإصطهباناتی). * صحّه هذا الشرط محلّ تأمّل . (البروجردی، أحمد الخونساری). * بعید بل ممنوع أشدّ المنع . (الفانی). * بل هی بعیده . (الخوئی).

۵- ۵. صحّه هذا الشرط محلّ تأمّل . (عبدالله الشیرازی).

۶- ۶. إن لم یبقَ إلی القسمه مقدار من العمل یلزم تحقّقه فی عقد المساقاه . (المرعشی).

۷- ۷. بل من أصله، ویستحقّ العامل اُجره المثل؛ وبذلک یظهر الحال فی الفروع الآتیه .(الخوئی).

۸- ۸. مقتضی القاعده انکشاف بطلان المساقاه من حین الوقوع؛ لأنّ الحصّه فی العقدمقابله لمجموع العمل من حیث المجموع، ولا- یکون ما ظهر مقابلاً- لما عمل إلی آنالموت، ومع فرض دخاله المباشره یکشف الموت عن عدم المقابل للحصّه فیالواقع، فیکون تمام الثمر للمالک، وعلیه اُجره المثل لما عمل مستنداً إلی المالک .(محمّد رضا الگلپایگانی).

ومنها : ما إذا فسخ(۱) أحدهما(۲) بخيار(۳) الشرط(۴) ، أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمه، أو تقايلا.

ومنها : ما إذا حصل مانع(۵) عن إتمام . . . . . .

۱- ۱. الفسخ حلّ العقد من أصله، وكذا التقايل، ومقتضاه رجوع كلٍّ من العِوضَين إليصاحبه، وفی ما نحن فيه ترجع الحصّه إلی المالک . (الخمينی). * مقتضی الفسخ أو التقايل رجوع تمام الحصّه إلی المالک، وقد مرّ وجهه . (محمّدرضا الگلپايگانی). * مرّ أنّ مقتضی الفسخ رجوع تمام الحصّه إلی المالک، من دون فرقٍ بين كونهمؤثّراً من الحين أو من الأصل، ثمّ إنّه بناءً علی ما أفاده فی كتاب المضاربه منالفرق بين الفسخ الآتی من قبل تخلّف الشرط، والآتی من جهه جواز العقد ذاتاً أوعرضاً كان اللازم عليه الحكم بالبطلان فی المقام فی الأوّل، لا التشريک بينهما فيالحكم ببقاء أثر العقد . (اللنكرانی).

۲- ۲. تقدّم أنّ انفساخ العقد بالخيار أو التقايل موجب لزوال ملكيّه العامل عن الحصّه،وعودها إلی مالک الأصل . (البروجردی). * بناءً علی كون الفسخ حلّ العقد من حين الفسخ، لا من الأصل . (عبدالله الشيرازی). * تقدّم أنّ الفسخ يوجب زوال ملكيّه العامل للحصّه . (الشريعتمداری). * تقدّم أنّ الفسخ يوجب زوال مُلكيّه العامل عن الحصّه . (الروحانی).

۳- ۳. هذا إذا فسخ العقد من حينه وقلنا بجوازه له، أمّا إن فسخه من أصله فيصير تمامالثمره للمالک، ويستحقّ العامل اُجره مثل ما عمله . (حسن القمّی).

۴- ۴. مرّ أنّ الفسخ يوجب تملّک المالک للثمر، واستحقاق العامل اُجره المثل، وقد مرّنظيره فی المزارعه . (الخوئی).

۵- ۵. ولم يمكن استئجار شخصٍ آخر، أو كان عمل المساقاه مقيّداً بمباشره شخصالعامل بنحو وحده المطلوب . (المرعشی). * الكلام فيه هو الكلام فی الموت إن لم يمكن استئجار الغير، أو كانت المباشرهقيداً، وإلّا فيستأجر من يُتِمّ العمل علی القولَين . (محمّد رضا الگلپايگانی).

العمل(۱) بعد الظهور.

ومنها : ما إذا اُخرجت الاُصول عن القابليّه لإدراک الثمر؛ ليبسٍ، أو فقد الماء، أو نحو ذلک بعد الظهور، فإنّ الثمر(۲) فی هذه الصور(۳) مشترک(۴) بين المالک والعامل وإن لم يکن بالغاً(۵) .

حکم الزکاه بالنسبه إلى العامل

ومنها : فی مسأله الزکاه فإنّها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصّته النصاب، کما هو المشهور، لتحقّق سبب الوجوب وهو الملکيّه له حين الانعقاد، أو بدو الصلاح، على ما ذکرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقّف على القسمه. نعم، خالف فی وجوب الزکاه عليه ابن زهره(غنيه النزوع لابن زهره الحلبی: ۲۹۱.) هنا وفی المزارعه؛ بدعوى أنّ ما يأخذه کالاُجره. ولا يخفى ما فيه من الضعف؛ لأنّ الحصّه قد مُلِّکت بعقد المعاوضه أو ما يشبه المعاوضه، لا بطريق الاُجره، مع أنّ مطلق الاُجره لا

۱- ۱. فی إطلاقه ــ إن کان ــ إشکال . (محمّد الشيرازی).

۲- ۲. هذا إذا کان للثمر قبل بلوغه ماليّه بحيث تصحّ المساقاه مع اشتراط قطع الثمر فيهذه الحاله، وأمّا إذا کان بحيث تکون المساقاه مع الشرط المذکور غير عقلائيٍّهفالظاهر أنّ خروج الاُصول عن قابليّه الإدراک يکشف عن البطلان من الأوّل، نظيرموت العامل، بل لا يبعد ذلک مطلقاً؛ إذ المساقاه مبنيّه على بلوغ الثمر، وإدراکه بنحوالتقييد، وظهور الخلاف يکشف عن البطلان . (محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- ۳. إذا لم يکن العقد مبنيّاً على بلوغ الثمر . (محمّد الشيرازی).

۴- ۴. لو کانت لها ماليّه حينئذٍ . (المرعشی).

۵- ۵. هذا إذا صدق عليه الثمر، وإلّا فالحکم بصحّه المساقاه مشکل . (الخوئی).

تمنع من وجوب الزکاه، بل إذا تعلّق الملک بها بعد الوجوب، وأمّا إذا کانت مملوکهً قبله فتجب زکاتها، کما فی المقام، وکما لو جعل مال الإجاره لعملٍ زرعاً قبل ظهور ثمره فإنّه یجب علی الموجر زکاته إذا بلغ النصاب، فهو نظیر ما إذا اشتری زرعاً قبل ظهور لثمر.

هذا، وربّما یقال بعدم وجوب الزکاه علی العامل فی المقام، ویعلَّل بوجهَین آخَرین :

أحدهما : أنّها إنّما تجب بعد إخراج المُوَن، والفرض کون العمل فی مقابل(۱) الحصّه فهی من(۲) المُون(۳) ، وهو کما تری، وإلّا لزم احتساب اُجره(۴) عمل المالک والزارع لنفسه أیضاً، فلا نسلّم(۵) أنّها(۶) حیث کانت فی قبال العمل تُعدُّ من المُوَن(۷) .

۱- ۱. لیس عمل العامل مقابلاً للحصّه، بل هو سبب لحصول ملک الحصّه للعامل .(الفانی).

۲- ۲. لو صحّ ذلک فأقصی ما یقتضیه هو سقوط زکاتها عن المالک، ولا أثر له فیالسقوط عن العامل أصلًا . (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- ۳. لو صحّ ذلک فأقصی ما یقتضیه هو سقوط زکاتها عن المالک، ولا أثر له فیالسقوط عن العامل أصلاً . (النائینی).

۴- ۴. الظاهر الفرق بینهما؛ لأنّه ما قوبل عمل المالک والزارع بشیء . (عبدالله الشیرازی).

۵- ۵. وعلی فرض التسلیم لا یلزم منه السقوط مطلقاً . (الخمینی).

۶- ۶. وعلی فرض التسلیم فلابدّ من الموازنه بین الاُجره والحصّه، وقد تزید الحصّه کماهو الغالب، فتتعلّق الزکاه بالزیاده . (السبزواری).

۷- ۷. مع أنّه لو کان منها لم یستلزم سقوط الزکاه عن الحصّه، فقد تکون اُجره العملأقلّ منها بکثیر، والمدار فی المُون علی المالیّه الّتی صرفها لأجل الغِلّه . (الإصفهانی،عبدالله الشیرازی).

الثانی : أنّه یشترط فی وجوب الزکاه التمکّن من التصرّف(۱) ، وفی المقام وإن حصلت الملکیه للعامل بمجرّد الظهور إلّا أنّه لا یستحقّ التسلّم(۲) إلّا بعد تمام(۳) العمل(۴) . وفیه مع فرض(۵) تسلیم(۶) عدم التمکّن(۷) من التصرّف(۸) :

۱- ۱. تقدّم فی باب الزکاه اشتراطه فی الغِلّات أیضاً . (حسن القمّی).

۲- ۲. ولکنّ ذلک لا ینافی التمکّن من التصرّف بالمعنی المشروط فی وجوب الزکاه .(الفانی). * لکن بعد ما یتمکّن من إتمام العمل یتمکّن من التسلّم، وهذا المقدار کافٍ فیوجوبها، نعم، لو قیل بکفایه عدم استحقاق التسلّم فی عدم الوجوب لکان له وجه،لکنّه غیر وجیه؛ حیث إنّه باختیاره . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ۳. هذا غیر مستلزمٍ لسلب التمکّن الّذی یعتبر فی وجوب الزکاه . (البروجردی).

۴- ۴. هذا المقدار لا یوجب سلب التمکّن بالمعنی المعتبر فی باب الزکاه .(الشریعتمداری).

۵- ۵. الأولی منع المقدّمه، وإلّا فشرطه التمکّن من التصرّف مطلق، لا اختصاص بمااعتُبِر فیه الحول، کما لا یخفی علی مَن راجع بابه . (آقاضیاء). * الأولی منع عدم التمکّن المعتبر فی الزکاه، وإلّا فقد مرّ اعتباره مطلقاً . (الخمینی). * إنّه حیث یمکنه إتمام العمل یمکنه التسلّم . (المرعشی).

۶- ۶. والأولی عدم التسلیم، وإلّا ففیه إشکال . (اللنکرانی).

۷- ۷. هذا الفرض غیر مطابقٍ للواقع، والتمکّن من التصرّف حاصل، ولا- ینافیه عدماستحقاق التسلّم إلّا بعد تمام العمل، وإلّا فاختصاص التمکّن من التصرّف بما ذکرهفی المتن ممنوع، وقد مرّ فی کتاب الزکاه . (البجنوردی). * الأولی منع هذه المقدّمه . (محمّد الشیرازی).

۸- ۸. الصحیح عدم تسلیمه، وإلّا فقد تقدّم فی محلّه عدم اختصاص الاشتراط بما یعتبرالحول فی زکاته . (الخوئی).

أنّ اشتراطه مختصّ(۱) بما يعتبر(۲) فی زکاته الحول، کالنقـدین والأنعام، لافی الغلّات(۳)، ففیها وإن لم یتمکّن من التصـرّف حال التعلّق یجب إخراج زکاتها بعد التمکّن علی الأقوی(۴)، کما بُیِّن فی محلّه. ولا یخفی أنّ لازم کلام هذا

۱- ۱. قـد مرّ فی باب الزکاه منع هـذا الاختصاص، فلو سُـلِّم عـدم التمکّن من التصـرّفالمانع عن وجوب الزکاه أشکل الأمر علی المشهور . (الإصفهانی).

۲- ۲. فیه إشکال . (المرعشی). * قد تقدّم عدم الاختصاص، فالأولی منع عدم التمکّن من التصرّف بما هو المعتبرفی الزکاه . (السبزواری).

۳- ۳. تقـدّم فی کتـاب الزکـاه أنّ الأقوی اعتبار التمکّن من التصـرّف فیها حال التعلّق،وفی المقام وإن کان العامل متمکّناً حینئذٍ من التصـرّفات النـاقله فی حصّیـته لکنّ کفایهـذلک فی تعلّق الزکـاه بها مع عـدم اسـتحقاقه تسـلّمها مشـکله، نعم، هی الأحوط .(النـائینی، جمـال الـدین الگلپایگـانی). * الأقوی اشتراط التمکّن من التصـرّف فیها أیضاً حال التعلّق، وفی کفایه تمکّنالعامل من التصرّفات الناقله فی هذا الحال مع عدم استحقاقه تسلیمها إشکال، نعم،إخراج الزکاه أحوط . (الإصطهباناتی). * بل فیها أیضاً . (الفـانی). * قـد تقـدّم الإشـکال فی عـدم الاشتراط فیها . (المرعشـی). * قـد تقـدّم فی کتاب الزکاه أنّه لا یبعـد أقوائیّه اعتبار التمکّن من التصرّف فیها حالالتعلّق، ولکن فی المقام لا نُسلِّم عدم تمکّنه من التصرّف الّذی یُعتبر فی وجوبالزکاه . (الروحانی).

۴- ۴. بل الأحوط والأقرب عـدم الوجوب، کما مرّ، ومرّ منه الإشـکال فی اعتباره فیکتاب الزکاه . (محمّد رضا الگلپایگانی). * لکنّه قدس سره أشکل ذلک فی الزکاه فی مسألتَی (۱۷) و (۴۱) من الختام . (محمّدالشیرازی).

القائل عدم وجوب زكاه هذه الحصّه على المالك(۱) أيضاً(۲) _ كما اعترف به _ فلا يجب على العامل؛ لِما ذُكِر، ولا يجب على المالك؛ لخروجها عن ملكه.

صوره التنازع بين المساقين

(مسأله ۳۴) : إذا اختلفا فی صدور العقد وعدمه فالقول قول منکره، وکذا لو اختلفا فی اشتراط شیءٍ علی أحدهما وعدمه. ولو اختلفا فی صحّه العقد وعدمها قُدِّم قول مدّعی الصحّه، ولو اختلفا فی قدر حصّه العامل قُدِّم قول المالک المُنکِر(۳) للزیاده، وکذا لو اختلفا فی المدّه(۴) ، ولو اختلفا فی قدر الحاصل قُدِّم قول العامل. وکذا لو ادّعی المالک علیه سرقهً أو إتلافاً أو خیانه، وکذا لو ادّعی علیه أنّ التلف کان بتفریطه إذا کان أمیناً له کما هو الظاهر.

ولا یُشترط فی سَماع دعوی المالک تعیین مقدار ما یدّعیه علیه؛ بناءً علی ما هو(۵) الأقوی(۶) من سَماع(۷) الدعوی المجهوله، خلافاً للعلّامه فی التذکره(راجع تذکره الفقهاء (ط . ق): ۲/۱۴۳ _ ۱۴۴.) فی المقام.

۱- ۱. بل وعدم وجوبها علیه فی حصّته الخاصّه به أیضاً . (المرعشی).

۲- ۲. فیه تأمّل . (حسن القمّی).

۳- ۳. وإن اختلفا فی تشخیص ما وقع علیه العقد فالتحالف . (الفیروزآبادی). * مع صدق اختصاصه بالید یُقدَّم قوله بمقدارٍ لا یکون علی خلاف مقتضی یدهحجّه اُخری . (آقاضیاء).

۴- ۴. أی قُدِّم قوله مع إنکار الزیاده، وقُدِّم قول العامل إذا أنکر الزیاده . (الخمینی).

۵- ۵. أقوائیّته مشکله، بل ممنوعه . (جمال الدین الگلپایگانی).

۶- ۶. أقوائیّته مشکله، بل ممنوعه . (النائینی). * فی کونه أقوی إشکال . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. فیه إشکال . (اللنکرانی).

حکم خیانه العامل

(مسأله ۳۵) : إذا ثبتت الخیانه من العامل بالبیّنه أو غیرها هل له رفع(۱) ید العامل علی الثمره، أوْ لا؟ قولان، أقواهما العدم(۲) ؛ لأنّه مسلّط علی ماله، وحیث إنّ المالک أیضاً مسلَّط علی حصّته فله أن یستأجر أمیناً یضمّه مع(۳) العامل(۴) ، والأُجره علیه؛ لأنّ ذلک لمصلحته. ومع عدم کفایته فی حفظ حصّته جاز(۵) رفع(۶) ید(۷) العامل(۸) واستئجار

ص: ۵۹۰

۱- ۱. أی المالک . (الفیروزآبادی).

۲- ۲. فیه تأمّل وإشکال . (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال . (الخوئی).

۳- ۳. بإذن الحاکم فیه وفی ما یلیه علی الأحوط . (صدرالدین الصدر).

۴- ۴. والأحوط أن یکون باستئذانٍ من الحاکم . (المرعشی).

۵- ۵. محلّ إشکال . نعم، إن رجع الأمر إلی الحاکم لا یبعد جوازه له، بل فی بعضالصور جائز له بلا إشکال . (الخمینی). * محلّ تأمّل وإشکال . (اللنکرانی).

۶- ۶. محلّ تأمّل؛ لکونه خلاف قاعده السلطنه . (أحمد الخونساری).

۷- ۷. بإذن الحاکم . (المرعشی).

۸- ۸. لتعارض قاعده السلطنه، فیؤخَذ بالأهمّ من الإرفاقَین، کما هو الشأن فی دوران الأمرین کسر القِدر أو قطع رأس الدابّه، فیؤخذ بأقلّ الضَرَرین بهذا المناط، هذا ما ذهب إلیهبعض الأعاظم (راجع : قواعد الأحکام : ۲/۳۲۲ ، مسالک الأفهام : ۵/۶۳ ، جواهر الکلام : ۲۷/۸۴.) ، ولکنّ التحقیق فی کلّیه تزاحم الحقوق سلطنه کلّ طرفٍ علی تخلیصما له من جَرِّ خساره مال غیره إن لم یکن ذلک بتقصیرٍ منه، والله العالم . (آقا ضیاء). * محلّ تأمّل . (البروجردی). * فیه إشکال . (عبدالهادی الشیرازی). * لا یخلو من تأمّل، بل من نظر وإشکال . (البجنوردی). * بل یرجع إلی الحاکم . (عبدالله الشیرازی). * لا فرق بین الصورتَین، فإیکال الأمر إلی الحاکم الشرعیّ أولی وأحوط . (الفانی). * ولعلّه یستفاد ذلک من قضیّه سَمره بن جُندُب (الوسائل : الباب (۱۲) من أبواب کتاب إحیاء الموات، ح ۳.) . (محمّد رضا الگلپایگانی). * مشکل؛ لأنّ الخیانه فی مال الغیر لا توجب سقوط سلطنه المالک عن ماله، نعم،لا إشکال فی جواز رفع ید العامل عن حصّه المالک لو أمکن . (السبزواری). * فیه تأمّل وإشکال . (الروحانی).

مَن يحفظ(۱) الكلّ، والأُجره على المالک أيضاً(۲) .

حكم المغارسه وفروع الحكم بالبطلان

(مسأله ۳۶) : قالوا(۳) : المُغـارسه باطله(۴) ، وهی أن يـدفع أرضـاً إلی غيره ليغرس فيهـا علی أن يكـون المغروس بينهمـا، سواء اشترط كون حصّهٍ من الأرض أيضاً للعامل، أم لا، ووجه البطلان: الأصل بعـد كون ذلک علی خلاف القاعـده. بل ادّعی جماعه الإجماع عليه. نعم، حُكی عن الأردبيلی(راجع مجمع الفائده للأردبيلی: ۹/۳۴.) وصاحب الكفايه(راجع كفايه الأحكام: ۱/۶۴۵.)

۱- ۱. إذا لم تكن المباشره مصبّاً أو قيداً للمساقاه، وإلّا بطلت . (محمّد الشيرازی).

۲- ۲. فيه تأمّل . (حسن القمّی).

۳- ۳. ونِعْمَ ما قالوا . (صدرالدين الصدر).

۴- ۴. ولا يخلو من قوّه . (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی، عبدالهادی الشيرازی). * علی الأحوط احتياطاً لازماً؛ لعدم تعارف هذه المعامله لدی العرف . (الفانی). * ما قالوا هو الأقوی . (الخمينی). * وقولهم هو الصحيح . (الخوئی). * وهو الأحوط . (محمّد رضا الگلپايگانی، حسن القمّی). * وهو الأحوط لو لم يكن أقوی . (اللنكرانی).

الإشكال فيه؛ لإمكان استفاده الصحّه من العمومات(۱) ، وهو فی محلّه(۲) إن لم یتحقّق الإجماع(۳) . ثمّ علی البطلان(۴) یکون الغرس لصاحبه، فإن کان من مالک الأرض فعلیه اُجره عمل الغارس(۵) إن کان جاهلاً(۶)

۱- ۱. فیه نظر؛ إذ هی لیست مشروعه . (المرعشی).

۲- ۲. بل یکفی فی بطلانه مجرّد الشکّ فی کونه من المعاملات المتعارفه؛ لأصالهفسادها . (آقاضیاء). * بل فی غیر محلّه . (الکوه کَمَری). * وهو الحقّ بعد کون المعامله عقلائیّهً متعارفه . (المرعشی). * ما لم یکن فیه الغَرر والجهاله . (حسن القمّی). * بل فی غیر محلّه باعتبار الجهل بالوجود والغَرر . (الروحانی).

۳- ۳. ولیس بمتحقّق؛ إذ الثابت لو سُلِّم فهو صرف اتّفاق، ولأرباب الفتوی أسانیدذکروها للمنع، فهو لیس بالإجماع المصطلح . (المرعشی). * والإجماع غیر محقّق . (محمّد الشیرازی).

۴- ۴. وهو الأقوی . (الإصفهانی، البروجردی، البجنوردی، السبزواری). * الّذی هو الأقوی . (الإصطهباناتی). * فی البطلان نظر، بل الظاهر صحّتها؛ نظراً إلی العموم، أی قوله تعالی : (أَوْفُوابِالعُقُودِ)(المائده : ۱.) لو لم یکن وجوده فی الخارج نادراً جداً . (عبدالله الشیرازی).

۵- ۵. بل أقلّ الأمرین، ولا فرق بین العلم والجهل . (محمّد الشیرازی).

۶- ۶. بل مطلقا، وکذا فی ما بعده . (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * فی القید نظر، لما مرّ مراراً . (آقاضیاء). * بل ومع علمه أیضاً فیه وفی ما یلیه . (صدرالدین الصدر). * بل وإن کان عالماً، وکذا فی اُجره الأرض . (البروجردی). * لا فرق بین صورتَی الجهل والعلم فی کون الاُجره علی المالک لو کان الغارسمتحرّکاً من قبله، وکان الغرس بأمره، وأمّا لو کان بتوهّمه صحّه تلک المعامله فلا .(أحمد الخونساری). * الظاهر عدم الفرق فی الطرفَین بین الجهل والعلم . (عبدالله الشیرازی). * بل مطلقاً، لکن مع القید المتقدّم من کون حصّته بحسب التعارف لا تنقص مناُجره عمله . (الخمینی). * قد تقدّم منّا مِراراً أنّ العلم بالبطلان لا یستلزم الإقدام بالعمل تبرّعاً . (المرعشی). * بل إن کان بأمر المالک أو استدعائه، من غیر فرقٍ بین العالم والجاهل . (محمّد رضاالگلپایگانی). * لا فرق بین العلم والجهل، وکذا فی اُجره الأرض . (السبزواری).

بالبطلان(۱) ، وإن كان للعامل فعليه أُجره الأرض للمالك مع جهله(۲)

ص: ۵۹۳

۱- ۱. بل مطلقاً . (الكوه كَمَرى). * بل مطلقاً، وكذا فى أُجره الأرض . (عبدالهادى الشيرازى). * بل وإن كان عالماً بالبطلان، كما تقدّم فى نظائره أنّ العلم والجهل لا- يتفاوت فياستحقاق أُجره المثل . (البجنوردى). * مرّ مراراً أنّه لا- فرق بين العالم والجاهل، وكذلك فى أُجره الأرض .(الشريعتمدارى). * بل مع العلم به أيضاً فيه وفى ما بعده . (الخوئى). * بل مع العلم أيضاً، وكذا فى المالك . (حسن القمّى). * بل مع العلم به أيضاً، وكذا ما بعده . (الروحانى). * بل مطلقاً، كما مرّ مراراً، لكن بشرط عدم زياده الأُجره على مقدار حصّته، وإلّافلا يستحقّ الزياده، وكذلك فى أُجره الأرض . (اللنكرانى).

۲- ۲. بل مطلقاً أيضاً . (الخمينى). * بل ومع علمه أيضاً . (المرعشى).

به(۱) ، وله الإبقـاء بالاُـجره، أو الأـمر بقلع الغرس، أو قلعه بنفسـه(۲) ، وعليـه أرش نقصـانه إن نقص مـن جهه القلـع. ويظهر من جماعه أنّ عليه(۳) تفاوت(۴) مـا بين قيمته قائمـاً ومقلوعاً، ولا دليل عليه بعـد كون المالك مسـتحقّاً للقلع. ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل، بأن انكسر مثلاً بحيث لا يمكن غرسه فى مكانٍ آخر.

ولكنّ كلمـات الآـخرين لاـ يقبـل هـذا الحمـل، بل هى صـريحه فى ضـمان التفاوت بين القائم والمقلوع، حيث قالوا مع ملاحظه أوصافه الحاليّه من كونه فى معرض الإبقاء مع الاُجره أو القلع.

۱- ۱. بـل مطلقاً . (الكوه كَمَرى). * بل وإن كان عالماً به، كما تقـدّم فى الحاشـيه السابقه . (البجنوردى). * بل ومع علمه به؛ لأـنّ التصـرّف فى الأـرض كـان مبنيّـاً على الضـمان . (الفـانى). * بـل مطلقاً، وقـد مرّ وجهه فى الفروع السابقه . (محمّـد رضـا الگلپايگانى).

۲- ۲. إن تعذّر الإبقاء بالاُجره والأمر بالقلع . (المرعشى). * مع امتناعه عن قلع غرسه . (حسن القمّى).

۳- ۳. الأحوط التصالح . (النائينى، حسن القمّى).

۴- ۴. الأحوط التصالـح . (جمال الدين الگلپايگانى، الإصـطهباناتى). * وهو الأقوى، فإنّ الغرس مأذون فيه بالفرض، وليس من باب عرق الظالم (كذا فى أصل النسـخه .).(الشريعتمدارى). * الإطلاق محلّ إشكال . (المرعشى). * الأحوط فيه التصالح . (محمّد رضا الگلپايگانى).

ومن الغريب ما عن المسالك(راجع مسالك الأفهام: ۵/۱۶۰.) من ملاحظه كون قلعه(۱) مشروطاً بالأرش، لا مطلقاً، فإنّ استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته، فينبغى أن يلاحظ أيضاً فى مقام التقويم، مع أنّه مستلزم للدور، كما اعترف به.

ثمّ إنّه إن قلنا بالبطلان(۲) يمكن تصحيح المعامله بإدخالها تحت عنوان الإجاره(۳) أو المصالحه أو نحوهما، مع مراعاه شرائطهما، كأن تكون الاُصول مشتركةً بينهما: إمّا بشرائها(۴) بالشركه(۵) ، أو بتمليك أحدهما للاخر نصفاً منها مثلًا إذا كانت من أحدهما، فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعه أرضه مثلًا، أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه(كذا فى نسخه الأصل، والأصحّ (وسقيها).) إلى زمان كذا، أو يستأجره(۶)

۱- ۱. ظاهر كلام صاحب المسالك ملاحظه تفاوت قيمته باقياً بالاُجره، ومستحقّاً للقلعبالأرش وقيمته مقلوعاً، وهو الحقّ . (الشريعتمدارى).

۲- ۲. أى بطلان المساقاه . (المرعشى).

۳- ۳. بأن يكون الغرس من العامل، فيؤجِره المالك الأرض لغرس غرسه فيها ويجعلالاُجره نصف الغرس مثلًا، وهناك وجوه متصوّره غير هذا تظهر بالتأمّل . (المرعشى).

۴- ۴. ولو بأن يوكّل صاحب الأرض الغارس فى أنّ كلّ ما يشترى من الفسيل يشتريهلهما بالاشتراک . (الإصفهانى).

۵- ۵. ولو توكيلًا . (السبزوارى).

۶- ۶. أى يستأجر ربّ الأرض العامل لغرس الأشجار المشتركه وسقيها، ويجعلالاُجره غرس حصّه العامل من الأشجار مثلًا . (المرعشى).

للغرس(۱) والسقی(۲) إلی زمان کذا بنصف منفعه الأرض مثلًا.

الجهل بکیفیّه وصحّه المغارسه

(مسأله ۳۷) : إذا صدر من شخصین(۳) مغارسه ولم یُعلَم کیفیّتها، وأنّها علی الوجه الصحیح(۴) أو الباطل(۵) بناءً علی البطلان یُحمَل فعلهما(۶) علی الصحّه(۷) إذا مَاتَا أو اختلفا فی الصحّه والفساد.

ص: ۵۹۶

۱- ۱. أی یستأجره لغرس الأشجار المشترکه، ففی الحقیقه یملک المالک علی العاملغرس حصّته من الأشجار فی أرض نفسه والسقی والعمل، ویملک العامل علی المالکغرس حصّته من الأشجار فی أرضه إلی زمان کذا بإزاء عمله . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- ۲. فیه منع . (عبدالهادی الشیرازی).

۳- ۳. تقدّم من الماتن الإشکال فی جریان أصاله الصحّه فی مثل المسأله . (الشریعتمداری).

۴- ۴. یعنی أنّ المعامله بعنوان المغارسه الباطله، أو المصالحه الصحیحه مثلًا . (الکوه کَمَری). * بإحدی الوجوه الّتی ذکرها ۱ بُعَیدَ هذا . (المرعشی).

۵- ۵. أصاله الصحّه إنّما تجری فی الشکّ فی الصحّه والفساد فی المعامله بعد إحرازعنوانها، فلا مجری لها عند الشکّ فی العنوان . (الفانی).

۶- ۶. الحمل علی الصحّه مع کون عنوان العمل مجهولًا ومردّداً بین الصحیح من عنوانٍوالفاسد من آخر محلّ إشکال، بل منع . (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- ۷. بناءً علی ما سبق منه تبعاً لغیره فی بعض فروع المضاربه من اختصاص موردأصاله الصحّه بما دار الأمر بین صحیح عنوانٍ وفاسده ــ فلا تجری فیما دار الأمربین عنوانٍ باطلٍ وصحیح عنوانٍ آخر ــ یشکل التمسّک هنا بأصاله الصحّه . (الإصفهانی). * ولکن لا یترتّب علیها الآثار الخاصّه علی فرض تسلیم جریانها، وإنّما تفیدمطلق الملکیه . (صدرالدین الصدر). * بناءً علی اختصاصها بما دار الأمر بین صحیح عنوانٍ وفاسده ــ کما یظهر منه فیبعض الموارد ــ یشکل التمسّک بها فی المقام؛ لدوران الأمر فیه بین عنوانٍ صحیحٍوعنوان باطل . (الإصطهباناتی). * لا موقع لأصاله الصحّه مع کون الأمر دائراً بین عنوانین : أحدهما صحیح، والآخرفاسد، نعم، إذا کانا متصرّفَین فی المغروس بعنوان کونه لهما کانت الید منهما أمارهً علیملکیّتهما، وترتّب آثار الصحّه علی ما وقع منهما . (البروجردی، عبدالله الشیرازی). * مورد أصاله الصحّه فیما إذا کان عنواناً صحیحاً من العناوین المعهوده قد یقعتامّ الأجزاء والشرائط وصحیحاً، وقد یقع ناقصاً وفاسداً، ففی مورد الشکّیحمَل علی أنّه وقع تامّاً وصحیحاً، وأمّا إذا کان هناک عنوانَین : أحدهماصحیح والآخر باطل والشکّ کان فی وقوع أیّ واحدٍ منهما ــ کما فی المقام ــ فلامورد لأصاله الصحّه . (البجنوردی). * جریانها محلّ إشکال، بل منع . (الخمینی). * إجراء تلک القاعده فی المورد مشکل؛ إذ المتیقّن من مجراها ما دار الأمر بینصحیحِ عنوانٍ وفاسده، لا لو دار بین عنوانٍ صحیحٍ وعنوانٍ فاسد، وفی جریانهاأبحاث لا یسعها المقام، ثمّ علی فرض جریان القاعده لإثبات صحّه ما وقع یشکلترتیب جمیع آثار المعاقده المخصوصه . (المرعشی). * لا موقع لأصاله الصحّه إذا ادّعی أحدهما المغارسه والآخر معامله صحیحهغیرها . (الخوئی). * قد تقدّم منه ؛ فی المسأله (۲۴) من

كتاب المضاربه ما ينافى المقام، والله العالمبحقائق الأحكام . (السبزوارى). * فيه نظر . (حسن القمّى). * لاـ موقع لأصاله الصحّه فى مثل المقام، وقد تقدّم منه قدس سره الإشكال فى جريانهافيه . (اللنكرانى).

تذنیب :

فی الکـافی، عن أبی عبـدالله علیه السـلام: «من أراد أن یُلَقِّحَ النَخـلَ إذا کـان لا یجود عملها(۱) ، ولا یتبعّل بالنخل فیأخـذ حِیتاناً صِغاراً یابسهً فیدقّها بین الدَقّین، ثمّ یذرّ فی

ص: ۵۹۷

۱- ۱. أی لا یحسن مباشرتها . (الفیروزآبادی).

كـلّ طلعهٍ منهـا قليلاً، ويَصُـِرّ الباقى فى صُـِرَّهٍ نظيفه، ثمّ يجعله فى قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى»(الكافى للكلينى: ۵/۲۶۳، ح۳، مع اختلاف يسير بالألفاظ.).

وعن الصدوق فى كتاب العلل، بسنده عن عيسى بن جعفر العلوىّ، عن آبائه :: أنّ النبىّ صلى الله عليه و آله قال: «مرّ أخى عيسى بمدينهٍ فإذا فى ثمارها الدُود، فسألوا إليه ما بهم؟ فقال عليه السـلام: دواءُ هذا معكم وليس تعلمون، أنتم قوم إذا غرسـتم الأشجار صَبَبتُم التراب، وليس هكذا، يجب بل ينبغى أن تصـبّوا الماء فى اُصول الشـجر، ثمّ تصـبّوا التراب كى لا يقع فيه الدُود، فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك»(علل الشرائع: ۲/۵۷۴، ح۱).

وفى خبرٍ عن أحدهما۸ قال: «تقول إذا غرست أو زرعت: ومثل (كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَهٍ طَيِّبهٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِى آلسَّماءِ.

* تُؤْتِى أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا)(إبراهيم عليه السلام: ۲۴ _ ۲۵.)»(الكافى: ۵/۲۶۳، ح۶.).

وفى خبرٍ آخر: «إذا غرست غرسـاً أو نبتـاً فـاقرأ على كـلّ عودٍ أو حبّهٍ «سـبحانَ البـاعِثِ الوارِثِ» فـإنّه لا يكاد يخطئ إن شاء الله»(الكافى: ۵/۲۶۳، ح۵.).

تَمَّ كتاب المساقاه

* * *

وبهذا والحمد لله تَمّ الجزء الرابع عشـر، ويليه الجزء الخامس عشـر والّذى تنتهى به التعليقات على كتاب العروه الوثقى الشـريف، بإذن الله تعالى

ü فهرست محتويات الكت_اب

ü فهرست الاصدارات العلميه

لمؤسّسه السبطين ٨ العالميه

ص: ۵۹۹

فهرست محتويات الجزء الرابع عشر من كتاب العروه الوثقى والتعليقات عليها

فهرست محتويات الجزء الرابع عشر

فصل: فى التنازع

(۶۱ _ ۱۱۴)

كتاب المضاربه

(١١٥ _ ٣٩٦)

* * *

انتهى فهرست محتويات الكتاب

ويليه فهرست إصدارات المؤسّسه

الإصدارات العلميه لمؤسسه السبطين علیهماالسلام العالميه

باللغه العربيه

۱ _ فقه الإمام جعفر الصادق علیه السلام : تأليف العلّامه محمّد جواد مغنيه؛، (دوره فقهيه كامله محققه فى ست مجلّدات).

۲ _ قصص القرآن الكريم دلالياً و جمالياً: تأليف الاُستاذ الدكتور محمود البستانى ؛ (فى مجلّدين).

۳ _ محاضرات الإمام الخوئى؛ فى المواريث : بقلم السيّد محمّد على الخرسان. تقديم و مراجعه مؤسسه السبطين علیهماالسلام العالميه.

۴ _ المولى فى الغدير، نظره جديده فى كتاب الغدير للعلّامه الأمينى: لجنه التأليف و البحوث العلميه _ القسم العربى.

۵ _ أدب الشريعه الإسلاميه : تأليف الاُستاذ الدكتور محمود البستانى .؛

۶ _ عقيله قريش آمنه بنت الحسين علیهماالسلام الملقّبه بسكينه : تأليف السيّد محمّد على الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين علیهماالسلام العالميه.

۷ _ أنصار الحسين علیه السلام ... الثوره والثوار : تأليف السيّد محمّد على الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين علیهماالسلام العالميه.

۸ _ التحريف والمحرّفون: تأليف السيّد محمّد على الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين علیهماالسلام العالميه.

۹ _ الحسن بن على علیهماالسلام (رجل الحرب والسلام): تأليف السيّد محمّد على الحلو. مراجعه

وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۰ _ بضعه المصطفى صلى الله عليه وآله : تأليف السيد المرتضى الرضوى، تحقيق وتنظيم مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه، يشتمل على حياه فاطمه عليهاالسلام من ولادتها إلى شهادتها عليهاالسلام.

۱۱ _ الحتميّات من علائم الظهور : تأليف السيّد فاروق البياتى الموسوى ؛، تحقيق وتنظيم مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۲ _ معالم العقيده الإسلاميه : لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم العربى.

۱۳ _ هويّه التشيّع: للدكتور الشيخ أحمد الوائلى؛، تحقيق مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۴ _ نحن الشيعه الإماميّه وهذه عقائدنا: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه (طبعه منقّحه مع إضافات).

۱۵ _ لماذا اخترنا مذهب الشيعه الإماميّه: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۶ _ المثل الأعلى: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۷ _ الشيعه و فنون الإسلام: تأليف آيت الله السيد حسن الصدر قدس سره، مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۸ _ بحوث عقائديه فى ضوء مدرسه أهل البيت :: نصوص مختاره من مؤلفات الإمام السيّد الخوئى عليه السلام. إعداد الشيخ ابراهيم الخزرجى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۱۹ _ عصر الغيبه، الوظائف والواجبات. تأليف الشيخ على العبادى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۰ _ العروه الوثقى للفقيه الأعظم الطباطبائى اليزدى والتعليقات عليها: (دوره صدر منها إلى الآن (۱۴) جزء. تضمّ ۴۱ تعليقه لكبار المراجع والعلماء الأعلام . إعداد وتحقيق مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

ص: ۶۱۹

۲۱ ــ الإمام الجواد ۷، الإمامه المبكَره... وتداعيات الصراع العباسی: تأليف السيد محمّد علی الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۲ ــ مع السنّه أتباع المذاهب الأربعه : تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۳ ــ فاطمه بنت أسد، حجر النبوّه والإمامه :لجنه التأليف والبحوث العلميه لمؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۴ ــ لكل شیء علامه يُعرف بها :تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۵ ــ أفضل كل شیء وأحسنه : تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۶ ــ تفسير القرآن الكريم: للسيد المرتضی علم الهدی قدس سره. إعداد وسام الخطاوی، خزعل غازی، إشراف وتحقيق مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه. (دوره صدر منها إلی الآن أربعه أجزاء).

۲۷ ــ البيان فی حوادث آخر الزمان : تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۸ ــ الأمير الشفيق : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۲۹ ــ الإمام الحنون : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۰ ــ بيعه الغدير : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۱ ــ السيّده الكريمه : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۲ ــ نبیّ الرحمه : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۳ ــ التعازی: تأليف محمّد بن علی المعروف بـ «ابن الشجری». مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۴ ــ فتح الباب للوقوف علی علم عمر بن الخطاب: تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی.

ص: ۶۲۰

مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۵ _ اتّقوا الظلم: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۶ _ الكنز الدفين: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۷ _ معالم التشريع الإسلامى: تأليف مؤسسه السبطين العالميّه عليهماالسلام .

باللغه الفارسيه

۳۸ _ هديه الزائرين وبهجه الناظرين : تأليف ثقه المحدثين الشيخ عبّاس القمّى؛، تحقيق مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۳۹ _ قطره اى از درياى غدير : لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم الفارسى.

۴۰ _ مهربانترين نامه (شرح الخطبه ۳۱ لنهج البلاغه) : تأليف السيّد علاء الدين الموسوى الإصفهانى.

۴۱ _ پرسش ها و پاسخ هاى اعتقادى: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

۴۲ _ روزشمار تاريخ اسلام : لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

۴۳ _ غربت ياس: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

۴۴ _ حجاب حريم پاكى ها: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

۴۵ _ سكينه؛ پرده نشين قريش: قسم الترجمه.

۴۶ _ أطيب البيان فى تفسير القرآن: (دوره تشتمل على ثلاثه وعشرين مجلّداً) : تأليف آيت الله سيد عبدالحسين الطيب ۱، تحقيق مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۴۷ _ شبهاى پيشاور (ليالى بيشاور): تأليف سلطان الواعظين الشيرازى، تحقيق مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه (فى مجلّدين).

۴۸ _ گلستان حديث: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

ص: ۶۲۱

۴۹ _ اصالت مهدويت: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسی.

۵۰ _ امير يتيم نواز: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۵۱ _ امام مهربان: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۵۲ _ بيعت غدير : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۵۳ _ پيامبر رحمت : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۵۴ _ دُرْدانه نبی : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

۵۵ _ ريحانه نبی : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهماالسلام العالميه.

باللغه الانجليزيه

۵۶ _ عقيله قريش آمنه بنت الحسين عليهماالسلام الملقبه بسكينه: قسم الترجمه.

۵۷ _ شهاده فاطمه الزهراء عليهاالسلام حقيقه تاريخيه : قسم الترجمه.

۵۸ _ بحوث حول الإمامه: قسم الترجمه.

۵۹ _ بحوث حول النبوه: قسم الترجمه.

۶۰ _ علوم قرآنيه: قسم الترجمه.

۶۱ _ مفاهيم قرآنيه: قسم الترجمه.

باللغه الأُردويه

۶۲ _ شهاده فاطمه الزهراء عليهاالسلام حقيقه تاريخيه : قسم الترجمه.

۶۳ _ قطره ای از دريای غدير : قسم الترجمه.

۶۴ _ مشفقانه وصيت نامه (شرح الخطبه ۳۱ لنهج البلاغه) : قسم الترجمه.

باللغه الفرنسيه

٦٥ ـ مؤتمر علماء بغداد: تأليف مقاتل بن عطيّه، قسم الترجمه.

ص: ٦٢٢

قید التألیف ، التحقیق والترجمه

الجزء الخامس عشر من العروه الوثقی والتعلیقات علیها. (وفیه : کتاب الضمان ، کتاب الحواله ، کتاب النکاح وکتاب الوصیّه).

الجزء الخامس من تفسیر القرآن الکریم للشریف المرتضی قدس سره.

مجمع البیان فی تفسیر القرآن: تحقیق وإضافات مؤسسه السبطین علیهماالسلام العالمیه.

الموسوعه الإسلامیّه العامّه: تألیف مؤسّسه السبطین علیهماالسلام العالمیه.

منتخب التواریخ (باللغه الفارسیه): تألیف ملّا محمّد هاشم الخراسانی. یتناول تاریخ المعصومین : وما یتعلّق بمعاصریهم ومناطق تواجدهم ومراقدهم.

فاطمه بنت أسد: ترجمه النسخه العربیّه إلی الفارسیّه. قسم الترجمه فی المؤسّسه.

ص: ۶۲۳

مركز النشر و التوزيع لمؤسسه السبطين علیهماالسلام العالمیه

---

١ _ المعرض الرئیسی: قم _ شارع انقلاب (چهارمردان) _ الزقاق ٢۶ _

رقم ۴٧ و ۴٩

الهاتف: ٣٧٧٠٣٣٣٠ _ ٠٢۵ الفاكس: ٣٧٧٠۶٢٣٨ _ ٠٢۵

٢. المعرض الفرعی: قم _ شارع معلم _ عماره ناشران _ الطابق الأوّل _

جناح رقم ١٠۶

الهاتف: ٣٧٨۴٢۴١٩ _ ٠٢۵ و ٣٧٨۴٢۴٢٠ _ ٠٢۵

URL: WWW.SIBTAYN.COM

_E_MAIL: SIBTAYN@SIBTAYN.COM_

ص: ۶٢۴

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب علی موقع القائمية ويمكن تحميلها علی الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.



مركز القائمية اصبهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹